idp
Escola de Direito
de Brasília - EDB

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Organizador:
Gilmar Ferreira Mendes

Organização

Gilmar Ferreira Mendes

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

1ª edição

Autores:

Victor Aguiar Jardim de Amorim

Altair Roberto de Lima

Rodrigo King Lon Chia

Elisabete Araújo Porto

Christiane Costa Assis

Cândice Lisbôa Alves

Lenio Luiz Streck

Emerson Ademir Borges de Oliveira

Antonio de Holanda Cavalcante Segundo

IDP

Brasília

2014

Uma publicação Editora IDP

Revisão e Editoração: Ana Carolina Figueiró Longo

Idp MESTRADO

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

A JUSTIÇA ÀS CEGAS: A INFORMATIZAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL COMO GARANTIA DE SUA RAZOÁVEL DURAÇÃO E SUA TENSÃO COM A LIBERDADE DE OFÍCIO NO CASO DO MS 32.751 DO STF

Antonio de Holanda Cavalcante Segundo[1]

RESUMO: A Emenda Constitucional n. 45/2004 positivou expressamente o direito à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF/88), do que decorreu a instituição, pelo legislador ordinário, da informatização do processo judicial, cujo sistema mais utilizado é o chamado PJe, o qual não atende às regras internacionais de acessibilidade para deficientes visuais, dificultando, sobremodo, o exercício profissional de advogados com deficiência visual. Alegando malferição a diversas normas da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, internalizada com força normativa de Emenda Constitucional, e também a outras expressamente previstas no texto original da Constituição, uma advogada com deficiência visual ingressou com Reclamação junto ao CNJ para que pudesse continuar peticionando em meio físico até a adequação do processo eletrônico aos padrões de acessibilidade. Ante a negativa do pedido liminar, cuja decisão afirmou que a reclamante poderia peticionar eletronicamente com ajuda de terceiros, impetrou-se Mandado de Segurança no STF, cujo pedido liminar fora deferido. No presente trabalho, buscar-se-á pontuar, do modo mais preciso possível, quais são efetivamente os interesses constitucionais em jogo no caso concreto e qual o enquadramento de cada um deles dentro do sistema de direitos humanos e fundamentais, para, estabelecidas tais premissas, buscar resolver a tensão entre os princípios de acordo com as técnicas resolutivas referendadas doutrinariamente, estabelecendo, ao final, um exame comparativo de proporcionalidade de ambas as decisões liminares citadas.

---

[1] Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Especialista em Direito Processual Penal pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Membro do LACRIM – Laboratório de Ciências Criminais da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, grupo de pesquisa em “Tutela Penal e Processual Penal dos Direitos Fundamentais”. E-mail: holanda.segundo@gmail.com.

Palavras-chave: Processo eletrônico; Razoável duração do processo; Acessibilidade; Liberdade de ofício.

ABSTRACT: The Constitutional Amendment 45/2005 gave positivity to the right to a reasonable length of the process, that caused the implementation, by the ordinary legislator, of judicial process' computerization, which most common software is the so called PJe, that does not attend the international standards of accessibility for the visually impaired individual, what makes difficult to the visually impaired lawyers to exercise their occupation. Claiming inobservance of various norms from the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, internalized with status of constitutional amendment, and of other norms from the Constitution, a visually impaired lawyer pursued a Claim at National Justice's Council – CNJ, in order to be authorized to work with physical judicial process until the computerized one is accessible to visually disabled persons. As the preliminary order that she requested was denied at the fundament that she could make use of PJe with the help of others, the lawyer requested an Injunction at the Brazilian Supreme Court, in which the preliminary order was conceded. The present paper aims to establish, the most precisely, which effectively are the constitutional interests in collision, and their position in the system of human and fundamental rights, in order to make an attempt to solve the tension between the principles by the most doctrinally accepted techniques, comparing, in the end, both decisions under the rule of proportionality.

Keywords: Computerized process; Reasonable length of process; Accessibility; Freedom of occupation.

1 DELINEANDO A TEMÁTICA: COMPREENSÃO INICIAL DA CONTROVÉRSIA

A Emenda Constitucional n. 45 de 2004 – EC 45/2004 acresceu ao texto, dentro do plexo de direitos individuais e coletivos previstos no art. 5º da Constituição Federal – CF/88, o direito à razoável duração do processo e aos meios que garantam sua tramitação célere. A fim de emprestar efetividade a tal princípio[2], o

---

[2] Por ora, as terminologias "direito", "garantia", "princípio", etc. serão utilizadas com menor apego tecnicista, quase que como sinônimos, para fins de didatismo do tópico introdutório do

legislador ousou ao instituir o processo judicial eletrônico, cuja maior afirmação legislativa se deu através da Lei n. 11.419 de 19 de dezembro de 2006, que dispôs sobre a informatização do processo judicial, embora delegando ao diversos tribunais a criação de seus sistemas informatizados de tramitação processual. Um dos sistemas criados e adotados por diversos órgãos do Judiciário foi o chamado Processo Judicial eletrônico – PJe, utilizado, por exemplo, pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ e pela Justiça Laboral[3]. Alguns desses tribunais aprovaram atos normativos no sentido de não mais receber peticionamento em meio físico, apenas em eletrônico.

Por outro lado, a mesma EC 45/2004 instituiu a internalização de Tratados e Convenções sobre Direitos Humanos com força normativa de Emenda Constitucional, quando fossem aprovados seguindo determinado trâmite previsto no § 3º do art. 5º da CF/88, acrescido pela referida Emenda. Até o momento, apenas a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em 30 de maço de 2007, em Nova Iorque, foi aprovada segundo este rito, através do Decreto Legislativo n. 186 de 09 de julho de 2008, tendo sido promulgada pelo Decreto n. 6.949 de 25 de agosto de 2009.

Fato que é caro ao presente trabalho é que a referida Convenção, em seu art. 9, estabelece regras de acessibilidade, determinando, em prol da autonomia individual e da independência das pessoas com deficiência, que o Estado deverá tomar "as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência **o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas**, ao meio físico, ao transporte, **à informação e comunicação**, inclusive **aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação**, bem como **a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público**", devendo ainda o Estado "**promover o acesso de pessoas com deficiência a novos sistemas e tecnologias da informação** e comunicação, inclusive à Internet" e "promover, desde a fase inicial, a concepção, o desenvolvimento, a produção e a disseminação de sistemas e tecnologias de informação e comunicação, a fim de que esses sistemas e tecnologias se tornem acessíveis a custo mínimo".

---

trabalho. Adiante, será delimitado o que se acredita ser o correto enquadramento de cada "direito" dentro do sistema de direitos humanos e fundamentais.

[3] Até o início de 2013, 37 Tribunais e Seções Judiciárias adotavam tal sistema, segundo notícia retirada do sítio eletrônico Consultor Jurídico, no seguinte *link*: <http://www.conjur.com.br/2013-fev-05/cnj-confirma-obrigatoriedade-processo-eletronico-pernambuco>.

Nesta senda, o próprio CNJ aprovou a Recomendação n. 27 de 16 de dezembro de 2009, a qual recomenda aos tribunais que “adotem medidas para **a remoção de barreiras** físicas, arquitetônicas, **de comunicação** e atitudinais **de modo a promover o amplo e irrestrito acesso de pessoas com deficiência**” “**aos serviços que prestam**”, ressaltando a “importância da acessibilidade enquanto garantia ao pleno exercício de direitos” e recomendando ainda que “instituam comissões de acessibilidade visando ao planejamento, elaboração e acompanhamento de projetos e metas direcionados à promoção da acessibilidade às pessoas com deficiência”.

Inobstante, o sistema PJe não atende aos requisitos internacionais de acessibilidade *web*, vale dizer, tal *software* não está conforme o Consórcio W3C[4], que dispõe sobre normas de codificação de páginas da internet, impossibilitando que os *softwares* de leitura de tela disponíveis para deficientes visuais captem e leiam o conteúdo codificado dos sítios eletrônicos. Desta forma, o sistema queda-se inacessível para deficientes visuais.

Como são princípios gerais da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, conforme art. 3, o respeito pela autonomia individual e pela independência das pessoas, a igualdade de oportunidades e a acessibilidade, ademais de seu art. 27 garantir o reconhecimento do “direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”, o qual abrange a propiciação de um “ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível”, a advogada Deborah Maria Prates Barbosa, deficiente visual, interpôs, em fins do ano de 2013, a Reclamação n. 0006968-22.2013.2.00.0000 junto ao CNJ, requerendo, *in limine*, que pudesse continuar peticionando em meio físico até o julgamento da demanda e, *in meritum*, a adequação do processo eletrônico às normas internacionais de acessibilidade e a permissão para tramitação física de processos enquanto durar a adaptação dos sistemas. Invocou, para tanto, além dos já citados dispositivos da Convenção, os fundamentos da República Federativa do Brasil da dignidade da pessoa (art. 1º, III) e do valor social do trabalho (art. 1º, IV),

---

[4] “O World Wide Web Consortium (W3C) é a principal organização de padronização da World Wide Web. Consiste em um consórcio internacional com quase 400 membros, agrega empresas, órgãos governamentais e organizações independentes com a finalidade de estabelecer padrões para a criação e a interpretação de conteúdos para a Web.” Retirado do sítio eletrônico Wikipédia, no seguinte *link*: <http://pt.wikipedia.org/wiki/W3C>.

bem como os direitos constitucionais de igualdade (art. 5º, *caput*) e de liberdade de ofício (art. 5º, XIII).

O pedido liminar fora denegado, em 04 de dezembro de 2013, pelo então Presidente do CNJ, Joaquim Barbosa, para quem "o motivo explanado pela reclamante, no sentido de necessitar de ajuda de terceiros para o envio de uma petição eletrônica" "não configura o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação". Em seguida, o CNJ aprovou a Resolução n. 185 de 18 de dezembro de 2013, na qual obriga todo o Poder Judiciário a implantar, em determinado prazo, o PJe como o sistema padronizado de informatização processual, fazendo inserir, no dito ato normativo, o § 1º do art. 18, segundo o qual "os órgãos do Poder Judiciário devem providenciar auxílio técnico presencial às pessoas com deficiência".

Ante a negativa de sua pretensão, a advogada impetrou o Mandado de Segurança n. 32.751 junto ao Supremo Tribunal Federal – STF, cujo presidente em exercício, Ministro Ricardo Lewandowski, concedeu-lhe, em 31 de janeiro de 2014, provimento liminar que a autoriza a peticionar em meio físico até que o processo eletrônico se adeque aos padrões internacionais de acessibilidade.

No presente trabalho, buscar-se-á pontuar, do modo mais preciso possível, quais são efetivamente os interesses constitucionais em jogo no caso concreto e qual o enquadramento de cada um deles dentro do sistema de direitos humanos e fundamentais, para, estabelecidas tais premissas, buscar resolver a tensão entre os princípios de acordo com as técnicas resolutivas referendadas doutrinariamente, estabelecendo, ao final, um exame comparativo de proporcionalidade de ambas as decisões liminares aqui citadas.

2 DELIMITANDO OS INTERESSES EM JOGO E SUAS POSIÇÕES DENTRO DO SISTEMA DE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Para a correta compreensão de qual é efetivamente a tensão, necessário estabelecer algumas premissas. A partir destas é que se estabelecerá quais efetivamente são os interesses constitucionais em rota de colisão e como estes podem ser enquadrados dentro de uma visão sistêmica dos direitos humanos e fundamentais.

A primeira delas diz respeito à crítica que se faz ao que denominamos pandignificação dos direitos fundamentais, assim entendido o fetichismo de parcela da doutrina com relação à dignidade da pessoa humana, que a enxerga como fundamento de praticamente tudo, chegando a afirmar, por vezes, que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é a própria dignidade, como o fez, por exemplo, Dürig (SARLET, 2012, p. 142). Sob esse enfoque, e se considerarmos que o núcleo essencial de um direito fundamental é o limite para sua restrição, como previsto na Lei Fundamental de Bonn e na Constituição espanhola (LOPES, 2001a, p. 43), toda e qualquer restrição poderia ser objetada sob o argumento casuístico e genérico de que se estaria ferindo a dignidade. Tal pensamento, ao contrário, enfraquece a dignidade da pessoa humana, na medida em que a banaliza e torna tudo defensável a partir de sua invocação desvirtuada pelo interesse de quem a invoca. Aquilo que se presta a servir de fundamento a tudo, não se presta a fundamentar coisa alguma. Considerar que há um conteúdo, ainda que mínimo, de dignidade em todo direito fundamental – o que se poderia até admitir, não equivale a dizer que, em matéria de colisão entre princípios, a dignidade da pessoa humana estará necessariamente em jogo. A dignidade é, pois, princípio que permeia todo o ordenamento constitucional, mas não é o único, estando ao lado de outros de semelhante relevo, como a liberdade e a igualdade. A partir desta premissa, afasta-se, de logo, no caso concreto sob exame, a referência prevalente à dignidade da pessoa humana na tensão a ser estabelecida, o que não obsta sua invocação como carga de argumentação secundária.

A outra premissa que se deve estabelecer diz respeito à delimitação conceituação das diversas denominações utilizadas quando se fala em direitos humanos. Deixando de lado a concepção jusnaturalista da qual decorre a identidade entre direitos humanos e direitos fundamentais (LOPES, 2001b, p. 36), para os fins a que o trabalho se destina, importa divisar os lindes entre as expressões “direitos humanos”, “direitos fundamentais” e “garantias”.

Por direitos humanos se entende o plexo de direitos do homem válidos atemporal e universalmente, enquanto os direitos fundamentais representariam a positivação, em determinada ordem constitucional, dos direitos humanos em um Estado. Em suma, os primeiros seriam “os direitos do homem em nível

supranacional", "pré-positivo, o que está antes do Estado"[5]; enquanto os segundos são "a positivação daqueles nos diferentes ordenamentos jurídicos, adquirindo características próprias em cada um deles". Já as garantias não se confundiriam com os direitos, à medida que aquelas se prestam a garantir a fruição destes, constituindo verdadeiros mecanismos de proteção, só se projetando na esfera jurídica dos indivíduos pela relação que guardam com os direitos. (LOPES, 2001b, p. 41-45). Dentro deste contexto, a doutrina majoritária tem estabelecido cinco direitos humanos de índole individual[6], quais sejam, vida, liberdade, igualdade, intimidade e propriedade, os quais se positivam na forma de direitos fundamentais, nas mais diversas maneiras, na forma de diversos princípios[7] dos quais se extraem os mais variados enunciados normativos. Mencione-se ainda a existência de direitos fundamentais processuais, os quais, de todo, não se confundem com garantias processuais (MULLER, 2004, p. 67), pois, enquanto aqueles constituiriam direitos fundamentais de caráter autônomo, estas teriam caráter meramente acessório.

Diante deste quadro, e analisando-se o caso concreto, é possível, *ab initio*, apontar alguns interesses em aparente rota de colisão, a saber, a informatização do processo, sua razoável duração, a acessibilidade e a liberdade de ofício. A tarefa primeira é estabelecer o enquadramento destes interesses de acordo as premissas estabelecidas, para, a partir daí, delimitar ao máximo quais os bens que efetivamente integram a antinomia e submetê-los às técnicas adequadas para sua solução.

Prima facie, se mostra de todo desazado considerar-se a existência de um direito fundamental ao processo eletrônico. Quando muito, a informatização do processo constituiria um dos muitos meios possíveis para garantir a celeridade de sua tramitação, conforme previsão do art. 5º, LXXVIII, da CF/88. Noutros termos, se

---

[5] Mencione-se que há parcela doutrinária que atribui o caractere de pré-positividade ao direito natural, atribuindo-se aos direitos humanos a característica de suprapositividade, isto é, enquanto os primeiros existem anteriormente ao Estado, os últimos existem independentemente dele.

[6] Há dissenso quanto a este ponto. Parcela doutrinária não considera a vida como direito, mas como pressuposto de direito. Há ainda os que entendem que a intimidade está contida na vida e que a propriedade não é um direito inerente ao ser humano, pois decorre não do "ser", mas do "ter". (LOPES, 2014).

[7] Utilizar-se-á, ao longo do trabalho, para fins didáticos, a tese da identidade entre direitos e garantias fundamentais e princípios, muito embora não se desconheça a existência de direitos fundamentais estruturados na forma de regras, a exemplo do direito de reunião. Assim, mesmo que se pense em uma determinada norma como garantia ou como direito, ambas estariam inseridas em uma estrutura de princípio, como comando de otimização a ser realizado no maior grau fático e juridicamente possível, sujeitos a ponderação (MULLER, 2004).

poderia pensar na informatização como garantia do direito à razoável duração do processo (cuja conceituação será explorada logo adiante). Mas até isto é questionável, diante da observação de Gustavo Rabay Guerra (2008), para quem “a expressão empregada pelo legislador ‘meios que garantam a celeridade de sua tramitação’ é infeliz”, não podendo “ser entendida como garantia constitucional expressa, mas mecanismo retórico ínsito ao princípio correspondente”. A questão realmente tormentosa se dá com relação à razoável duração do processo, efetivamente um dos interesses colidentes no caso concreto, concernente à sua posição conceitual como direito fundamental autônomo ou como garantia fundamental do acesso à justiça ou do devido processo legal.

Parte considerável da doutrina, a exemplo de José Afonso da Silva (*apud* GUERRA, 2008), enxerga o princípio da razoável duração do processo como garantia constitucional do acesso à justiça, que já existia antes mesmo da EC 45/2004, a qual apenas reforçou tal garantia, ante a perene frustração na concretização da justiça pela morosidade do Judiciário. No mesmo sentido, Paulo Henrique Lucon (2010, p. 514-517) defende a existência de “uma estreita relação entre a efetividade da tutela jurisdicional e a duração temporal do processo”, sendo esta aspecto fundamental do – ou um acréscimo ao – princípio do acesso à justiça, findando por afirmar sua posição como garantia fundamental. Gustavo Rabay Guerra (2008) esclarece que há várias “dimensões” através das quais é possível vislumbrar a razoável duração do processo. Por um lado, pode ser vista como direito fundamental oponível em face do Estado, a exigir deste a adoção de medidas aptas a realizá-lo, citando Dürig, quando este afirma que a “submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o principio da proteção judicial efetiva (*rechtliches Gehör*) e fere o princípio da dignidade humana”. Por outro lado, pode ser entendida como uma garantia tipicamente processual decorrente do devido processo legal.

A nosso sentir, embora se reconheça o caráter dúplice da razoável duração do processo, crê-se que prevaleçam as características de direito fundamental propriamente dito, e não de garantia. A uma porque não faria sentido em se instituir garantias de garantias. Sendo a razoável duração um direito fundamental, deve haver garantias para sua efetivação (como o próprio texto constitucional coloca), pois não é a simples previsão constitucional do princípio que

o fará se autoaplicar, sem a instituição de garantias para tanto. A duas, pois, embora de fato este princípio já existisse em nosso ordenamento, tal não se dava, ao contrário do que afirmou José Afonso da Silva, unicamente em decorrência do direito de acesso à justiça ou do devido processo legal, uma vez que, embora tenha a razoável duração este caráter acessório, já existia também enquanto direito fundamental, ante sua previsão no Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, e outros tratados e convenções internacionais.

Refutando o caráter meramente acessório do princípio da duração razoável do processo em relação ao acesso à justiça, e assentando sua posição enquanto direito fundamental autônomo, basta imaginar-se a situação hipotética do sujeito financeiramente abastado, proprietário de inúmeros imóveis, que vê um deles, de valor irrisório em face de seu patrimônio total, ser vendido fraudulentamente a terceiro de boa-fé por quem não era seu dono. Suponha-se que o processo judicial para anulação do negócio jurídico demore dez anos para seu julgamento, tendo, ao final, resolvido a questão em favor do lesado. Aí não ocorreu qualquer violação ao direito fundamental de acesso à justiça, pois esta se realizou e a demora na resolução não acarretou maiores frustrações a quem a buscou. Contudo, houve sim violação ao direito fundamental à razoável duração do processo, principalmente em função do terceiro de boa-fé adquirente do imóvel, que se viu, por uma década, submetido à pendência acerca da validade do negócio jurídico que realizara. Em outras palavras, nem sempre uma violação à razoável duração do processo acarreta também prejuízo ao acesso à justiça.

Do mesmo modo, não pensamos que a razoável duração do processo seja garantia do devido processo legal, do qual decorrem diversas garantias processuais. Poder-se-ia objetar que a razoável duração é do processo, e, por tal, seja garantia deste, enquanto este ainda é garantia de outros direitos fundamentais, pois o processo não tem um fim em si mesmo, ou um conteúdo *a priori*. Todavia, pensamos que o princípio da razoável duração do processo tenha um conteúdo ensimesmado, independente do processo, qual seja, “a pacificação social por meio de uma tutela jurisdicional efetiva” (MOURA; CARDOSO, 2014, p. 3). Diga-se ainda que, se do devido processo legal decorrem garantias que demandam tempo para efetivação, a exemplo da ampla defesa, do contraditório e do duplo grau de jurisdição, e, como o tempo “é fonte natural de danos” no que concerne às

demandas judiciais (BASTOS. 2014, p. 12), o direito fundamental à razoável duração do processo tem relevo inclusive para se opor às garantias do devido processo legal, no sentido de que estas sejam efetivadas dentro de prazo que não torne irrazoável a tramitação processual e, assim, impossibilite a pacificação social dos conflitos judiciais.

Assim, a razoável duração do processo se revela, além de direito fundamental, um direito público subjetivo autônomo, de índole constitucional, se manifestando tanto como direito individual, como prestacional (BARCELLOS, 2014, p. 5, 8). Comunga do mesmo entendimento Luiz Guilherme Marinoni, para quem "o direito à duração razoável exige prestações positivas do legislador, do administrador e do juiz" (2009, p. 83). O autor claramente aponta a razoável duração do processo como direito fundamental autônomo, diferindo do direito à celeridade do processo, ressaltando que daquele decorrem vários outros direitos, a exemplo do direito "à tutela jurisdicional tempestiva", "ao prazo adequado para a prática dos atos processuais", "de não ter a esfera jurídica restringida por tempo superior ao devido" (MARINONI, 2009, p. 91). Também é a posição de Humberto Theodoro Júnior (2008, p. 9), para quem "a garantia de duração razoável do processo e de prevalência da economia processual em todo o seu desenvolvimento apresenta-se como um direito fundamental (isto é, como um dos direitos do homem) assegurado na ordem constitucional positiva brasileira". Por fim, André Luiz Nicolitt (*apud* PESSOA; BATISTA NETO, 2009) ressalta o caráter autônomo deste direito, inobstante decorra de outros, não se confundindo com o direito à tutela jurisdicional ou o direito material, pois, "quando se dá o restabelecimento de uma demanda, em caso de paralisação, ou mesmo a entrega da prestação jurisdicional, em caso de retardo, a violação ao direito à duração razoável do feito não é sanada".

Estabelecido um dos interesses constitucionais objeto da controvérsia, qual seja, o princípio da razoável duração do processo, direito fundamental autônomo, de segunda geração, de índole processual, necessário o apontamento de qual seria o interesse conflitante, dentre a acessibilidade e a liberdade de ofício, o que requer algumas digressões.

No que tange à acessibilidade, que consta como um dos princípios norteadores da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aquela é comumente enxergada como um direito fundamental. Carlos Levi Costa Pessoa,

comentando o "acanhamento" dos dispositivos constitucionais que tratam do tema[8], e com arrimo na previsão constitucional da existência de outros direitos e garantias não expressos no texto constitucional[9], defende a "fundamentalidade" de tal direito sob o aspecto material (2012, p. 361). Finda por enquadrar a acessibilidade como direito fundamental de segunda geração, de titularidade social e a exigir prestação do Estado, embora, logo após, afirme que "seu desiderato, além da mera atribuição de iguais direitos, consiste em realizar e garantir os pressupostos materiais para uma efetiva fruição das liberdades pelas pessoas portadoras de deficiência" (PESSOA, 2012, p. 364). Assim, percebe-se certo contrassenso em admitir a acessibilidade enquanto garante da fruição das liberdades e enquadrá-la como direito fundamental, mesmo erro, aliás, em que laboram Mateus Pereira e Pedro Spíndola (2014, p. 8) quando conceituam a acessibilidade como direito fundamental ao mesmo tempo em que a entendem "como elemento imprescindível para conceber o exercício dos direitos fundamentais pelas pessoas com deficiência", admitindo ainda a dificuldade de enquadrá-la em determinada geração dos direitos fundamentais.

Não nos parece adequada tal conceituação. A acessibilidade é garante da fruição de direitos fundamentais por pessoas com deficiência. Assim, a acessibilidade física, arquitetônica, é garantia do direito fundamental à liberdade de locomoção; a acessibilidade digital, que é cara ao presente trabalho, é garantia de outros direitos fundamentais, como o direito à informação, o direito à internet (para os que contemplam tal como direito fundamental), etc. A acessibilidade não encerra um fim em si mesmo, mas deve ser garantida como meio, ou pré-condição, para o exercício de outros direitos, como acentuam Ana Paula Barcellos e Renata Ramos Campante (2012, p. 177). Deve, pois, ser entendida como garantia fundamental das pessoas com deficiência para o exercício de direitos fundamentais.

---

[8] Art. 227 [...]

§ 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º.

[9] Art. 5º [...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Idp MESTRADO

Como garantia que é, deve-se aferir, pois, de que direito fundamental a acessibilidade é garante no caso concreto, para que se estabeleçam, de uma vez, os interesses colidentes. Ao que parece, a pleiteada acessibilidade ao sistema do processo judicial eletrônico, nos moldes em que requerida, de modo a permitir o peticionamento de uma advogada com deficiência visual, constitui uma garantia da liberdade de ofício. Fosse o pleito voltado para conferir acessibilidade às partes ou a qualquer cidadão, estar-se-ia diante de uma garantia do acesso à justiça, o que não vem a ser o caso da postulação em exame, pelo menos não de maneira primacial. É que a liberdade de ofício, direito fundamental de primeira geração, é uma das positivações, pelo Constituinte, do direito humano de liberdade. Constitui um direito de liberdade tanto negativo, no sentido de impor ao Estado um dever de abstenção quanto a obstar seu exercício, como positivo, obrigando o Estado a prestações que visem coibir violações a este direito (LEAL, 2006, p. 11). Como princípio, encerra diversos enunciados normativos, dentre os quais são caros para o presente estudo o direito à livre escolha da profissão, entendido como "o poder conferido aos titulares do direito de optar pelo gênero de atividade laboral que considerem mais conveniente e afeito a seus interesses e vocações" (LEAL, 2006, p. 11), e a garantia de acesso às profissões, visto como "a garantia de meios e formas à obtenção das condições necessárias ao exercício das respectivas atividades laborais" (LEAL, 2006, p. 13).

Dentre deste contexto, levando-se em conta a teoria dos direitos fundamentais, é possível estabelecer uma precisa controvérsia no caso objeto do presente trabalho. De um lado, se teria a informatização do processo como meio para garantia da observância do direito fundamental à duração razoável do processo; de outro, a garantia de acessibilidade ao sistema de processo informatizado como vetor de concretização do direito fundamental à liberdade profissional. Os direitos fundamentais em jogo são, pois, os princípios da razoável duração do processo e da liberdade de ofício, cuja tensão passar-se-á a tentar solucionar.

3 UMA TENTATIVA DE SOLUÇÃO DA TENSÃO ANTE AS DIVERSAS TÉCNICAS RESOLUTIVAS DE COLISÕES

Como já adiantado anteriormente, uma vez estabelecidos os direitos fundamentais em confronto – razoável duração do processo e liberdade de ofício –, tomar-se-á ambos como princípios, para fins de melhor expor a antinomia e as respectivas técnicas para solucioná-la, muito embora não se ignore a existência de direitos fundamentais positivados em estrutura de regra, a exemplo do direito de reunião. Fazendo esta mesma ressalva, Jane Reis (2006, p. 223) acentua que "os direitos fundamentais, mesmo quando enunciados através de formulações precisas, estabelecem princípios", portanto, "as antinomias envolvendo normas de direito fundamental" "são colisões de princípios".

Enquanto o conflito entre regras é, de maneira geral, resolvido na instância de validade, pela declaração de invalidade de uma delas, ou pela inclusão de cláusula de exceção, a colisão entre princípios, inserida na instância do valor, comporta bem mais profundas digressões, haja vista não ser possível declarar a invalidade de normas principiológicas, ou ainda deixar de dar aplicação, no caso concreto, a um princípio. Parte-se, aqui, do pressuposto de que o sistema de princípios possui uma unidade, de modo que todos são aplicados ao mesmo tempo, em maior ou menor grau.

O problema na aplicação dos princípios como sistema unitário surge quando ocorre o que Marcelo Galuppo (1999, p. 192) denomina "incompatibilidade da aplicação dos princípios", que surgiria quando a aplicação de dois princípios levasse a soluções distintas de um caso concreto. Criticando a teoria de Alexy, afirma que "um princípio não é uma norma que se aplica em qualquer circunstância". Pelo que se pode depreender desta posição, haveria casos em que um princípio simplesmente não seria aplicado, pois a questão a ser tutelada por ele, na verdade, não estaria dentro de seu âmbito de proteção. Estabelecidas estas premissas iniciais, buscar-se-á, dentro das técnicas de resolução de colisão de princípios, enfrentar a tensão que envolve o caso concreto, definindo se e como poderia ser solucionada a partir do método escolhido.

3.1 DEFINIÇÃO DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO NORMATIVO DO PRINCÍPIO E NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DO SEU NÚCLEO ESSENCIAL: ANTINOMIA APARENTE OU EFETIVA?

Em verdade, nem sempre que se suponha estar diante de uma colisão entre princípios, esta efetivamente ocorre. É que, por vezes, a conduta que se pretende albergada por um determinado princípio, mas que provoque restrição num outro, se encontra fora do que se chama âmbito de proteção normativo daquele princípio. É o caso, por exemplo, do grafiteiro que, invocando o direito fundamental à liberdade de manifestação artística, resolve parar o trânsito de uma grande avenida em horário de pico, sem avisar a quem quer que seja, para, no asfalto, produzir uma manifestação de sua arte. Tal conduta, ao que parece, não se encontraria entre aquelas protegidas pelo direito invocado pelo artista, no que não se haveria falar em colisão entre princípios. Em casos tais, ocorre o que se chama de conflito aparente de normas. Gilmar Mendes ressalta que "a precisa identificação do âmbito de proteção do direito indica se determinada conduta se acha protegida ou não" (2003, p. 185).

A tarefa tormentosa é justamente identificar o dito âmbito de proteção da norma de direito fundamental, o que está e não está albergado por ela. Para solucionar esta problemática, cremos ser possível uma associação entre o âmbito de proteção normativo do direito fundamental e seu núcleo essencial[10]. Alertamos, de logo, que não se está a defender a identidade entre uma coisa e outra, pois, se assim o fizéssemos, chegar-se-ia à conclusão de que do âmbito de proteção normativo de um princípio poderia ser retirado tudo que não causasse prejuízo ao seu núcleo essencial, o que, nem de longe, é a intenção. A relação que pretendemos elaborar é no sentido de que, a partir da ideia de preservação do núcleo essencial, poder-se-ia incluir no âmbito de proteção de uma norma de direito fundamental tudo aquilo que servisse à otimização do(s) comando(s) que se possa(m) extrair da essência conteudística da norma.

Não é pretensão do presente trabalho definir qual o conteúdo essencial a ser preservado por cada um dos direitos em discussão, pois quem se propusesse a fazê-lo estaria, na verdade, se propondo a esgotar um tema, algo que cremos impossível de se alcançar na ciência como um todo, especialmente na jurídica. A pretensão é saber se, a partir de uma ideia geral do que componha ou não tal

---

[10] A questão do núcleo essencial não será explorada no presente trabalho, por fugir aos seus fins, embora não desconheçamos a existência de diversas teses a respeito do tema, como as teorias objetivas e subjetivas para identificação do núcleo essencial. Apenas rejeita-se, como já dito anteriormente, a identidade entre o núcleo essencial e dignidade da pessoa humana.

conteúdo, poder-se-ia afastar alguma das garantias em jogo do âmbito de proteção normativo do princípio a fim de resolver a tensão através da afirmação de que esta seria apenas aparente. Uma análise mesmo perfunctória já se assemelha suficiente para dirimir a questão, pois tanto a necessidade de promover a informatização do processo judicial como a de que tal procedimento observe as regras de acessibilidade para os advogados com deficiência visual guardam relação direta com a ideia que se possa ter do conteúdo essencial dos princípios da razoável duração do processo e da liberdade de ofício, respectivamente. Vale dizer, ambas as necessidades encontrariam guarida no âmbito de proteção normativo dos citados princípios. Reforçando o alerta feito no parágrafo anterior, tal assertiva não equivale dizer, automaticamente, que, se inobservadas as necessidades descritas, ferido estaria o núcleo essencial do respectivo direito fundamental. Em suma, aquilo que está inserido no âmbito de proteção da norma de direito fundamental guardaria relação com a essência de conteúdo desta, mas, se não concretizado (ou se restringido), nem sempre representaria ofensa a este conteúdo.

No caso concreto, como já dito, ambas as garantias se encontram inseridas no âmbito de proteção do respectivo princípio, o que afasta a possibilidade de se afirmar que se estaria diante de um conflito apenas aparente de normas, mas sim de efetiva colisão de princípios, muito embora pensemos que apenas uma destas garantias, se inobservadas, acarretaria ofensa ao núcleo essencial do direito que visa a assegurar, o que será objeto de digressões mais adiante.

3.2 HIERARQUIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

A hierarquização de bens e valores constitucionais é defendida por parcela da doutrina como solução para o caso de haver mais de uma norma aplicável a um caso concreto, e se trataria do estabelecimento de uma hierarquia abstrata[11], apriorística, entre determinados princípios, a partir de uma análise dos bens e valores que estes buscam concretizar ou proteger. Jane Reis afirma haver diversas variantes da hierarquização, citando a corrente que entende pela possibilidade de haver normas constitucionais inconstitucionais, quando

[11] Mencione-se haver também os que falam em uma hierarquização voltada para o caso concreto, embora entendamos que aí há confusão conceitual com o recurso da ponderação, o que será mais bem explorado posteriormente.

incompatíveis com outras que lhe são superiores, advindas de "parâmetros éticos suprapositivos", como defendido por Otto Bachoff, ou pelo estabelecimento de uma "hierarquia entre os próprios preceitos constitucionais", conforme lição de Krüger e Giese; bem como a corrente que vê "a existência de uma hierarquia abstrata entre bens e valores constitucionais" como forma de "determinar a norma aplicável ao caso concreto, sem cogitar-se da declaração de invalidade de uma delas", representada por Miguel Ángel Ekmekdjian; por fim, cita a doutrina norte-americana dos *preferred rights* – ou *preferred freedoms* – e a doutrina europeia do *favor libertatis*, que privilegiam os princípios garantidores do direito humano de liberdade e colocariam a hierarquização como etapa acessória da ponderação, sendo as "preferências abstratas" superáveis a partir dos bens e valores postos no caso concreto, mas que exigiram uma carga de argumentação mais forte para superação da hierarquia abstrata. Esta última concepção retira da hierarquização o caráter de critério autônomo para resolução de tensões. (PEREIRA, 2006, p. 219-220, 225).

Ana Maria Lopes D'Ávila aponta um consenso doutrinário no Brasil sobre a impossibilidade de se estabelecer hierarquia entre as normas constitucionais que não seja uma hierarquização meramente formal, no sentido de atribuir peso maior àquelas oriundas do poder constituinte originário que às do derivado. Contudo, ressalta que, apesar de se considerar que as normas constitucionais declaratórias de direitos estão em um mesmo patamar, tal não se pode dizer quanto aos direitos propriamente ditos, ou seja, o conteúdo de tais normas, pois não se poderia desconsiderar a "desigualdade axiológica dos direitos", que constitui o inconveniente de se vedar uma hierarquização abstrata, apontando o método da ponderação de bens – a ser conceituado adiante – como aquele que melhor levaria tais desigualdades em consideração. (2001a, p. 56-57).

De outra banda, Gilmar Mendes critica a hierarquização, mesmo admitindo que tal não é incompatível com a unidade da Constituição, mas afirmando que uma hierarquia rigorosa entre os direitos fundamentais os desnaturaria, assim como desnaturaria a ordem constitucional como um todo unitário e harmônico, defendendo que somente em casos excepcionais poder-se-ia pensar numa "valoração hierárquica diferenciada de direitos individuais", exemplificando com a regra geral de Dürig, segundo a qual os direitos relativos às pessoas prevalecem sobre os de índole material. (2003, p. 184).

Voltando-se para o caso concreto, não cremos que se possa resolver o conflito através da técnica da hierarquização. A uma porque a tese mais radical de estabelecimento de hierarquias rígidas não possui aceitação em nosso ordenamento. A duas porque, ainda que admitíssemos tal possibilidade, a relevância de ambos os direitos fundamentais – razoável duração do processo e liberdade de ofício – dificultaria sobremodo o estabelecimento de um escalonamento divorciado da análise do caso concreto, pois ambos possuem previsão em tratados de direitos humanos, uma das formas defendidas de interpretação constitucional (MAUÉS, 2013, p. 229), e as demais formas de se interpretar normas de direitos fundamentais não prescindem da análise do caso concreto: não há como se determinar, dentre os dois direitos abstratamente considerados, qual seria mais *pro homine* para que se conferisse máxima efetividade à norma mais favorável ao indivíduo. Por fim, tem-se que ambos os direitos fundamentais, de modo abstrato, também se conectam ao direito humano de liberdade, caso se quisesse aplicar a doutrina das *preferred freedoms* ou do *favor libertatis*, embora aqui servisse apenas de etapa adjacente à ponderação. Em verdade, cremos que a única forma de hierarquização que se poderia preestabelecer entre ambos os direitos, seria, à primeira vista, a formal, uma vez que a razoável duração do processo, enquanto direito fundamental autonomamente positivado na Constituição foi fruto do poder constituinte derivado, muito embora tal possibilidade se enfraquecesse, ante a constatação de que, embora não expressamente positivado, tal direito já decorria de outros expressamente previstos, como já explicitado em tópico anterior.

Superadas as possibilidades de se resolver a tensão pela delimitação do âmbito de proteção das normas ou pela sua hierarquização, impende analisar a solução da colisão pelas regras provenientes das teorias interna e externa dos limites dos direitos fundamentais.

3.3 TENTATIVA DE SOLUÇÃO DA TENSÃO PELA REGRA DA CATEGORIZAÇÃO

A categorização implica na delimitação conceitual das categorias expressas pelas normas de direitos fundamentais, isto é, na definição dos contornos do direito, a fim de que a situação de fato apresentada seja encaixada em uma

determinada classe ou categoria. Não se deve confundir com a simples definição do âmbito de proteção, pois, neste, o enquadramento se dá de fora para dentro, vale dizer, uma determinada situação concreta é avaliada como estando ou não dentro do âmbito protegido normativamente; já naquele, há, nas palavras de Karl Larenz (*apud* PEREIRA, 2006, p. 234) uma "construção conceitual abstrata" das categorias do direito, ou seja, o enquadramento da situação fática se daria de dentro para fora do direito. A categorização se aproxima do modelo subsuntivo que prescreve normas como regras, que visa a estabelecer um conteúdo definitivo do direito por ele mesmo, alijado de sua aplicação ou colisão com outros no caso concreto.

É regra, em sua acepção mais metódica, decorrente da teoria interna das limitações aos direitos fundamentais, segundo a qual a tarefa de delimitar o que é ou não é uma restrição válida se confunde com a própria declaração do que se encontra já implícito no próprio direito a ser restringido, não se admitindo que a restrição decorra de fatores externos ao mesmo (SANTIAGO, 2014, p. 6). Assim, os limites de um direito fundamental são dados por ele próprio, isto é, são limites imanentes. O problema está, segundo Denny Mendes Santiago (2014, p. 20-21) em perquirir o fundamento do estabelecimento dos contornos do direito. Uma corrente defende que tal fundamento é o próprio direito, ilhado do restante do ordenamento jurídico, enquanto outra, ao contrário, defende que, apesar da limitação ser advinda do conteúdo da própria norma, este conteúdo, para ser apreendido, dependeria de uma interpretação sistêmica, levando-se em conta a unidade constitucional. Eduardo Rocha Dias (2006, p. 170) sintetiza o conceito e o inconveniente da teoria interna:

> Logo, os limites não seriam "externos" aos direitos fundamentais, mas seriam suas "fronteiras", afirmando-se desde "dentro", ou seja, seriam limites "imanentes". A eventual previsão destes últimos como reservas de intervenção do legislador ou como restrições teria, na verdade, o caráter de mera declaração. As leis, por sua vez, não constituiriam limites, mas simplesmente concretizariam, interpretariam, e revelariam as fronteiras do conteúdo dos direitos. Contrariamente à teoria externa, o perigo da teoria interna é que ela desarma o cidadão ante o Poder público, reforçando o âmbito de intervenção deste último, o que origina um *déficit* no controle de sua atuação. Ademais, torna prescindível o recurso aos requisitos formais previstos na Constituição, como é o caso do artigo 18 da Carta portuguesa, para a restrição de direitos fundamentais.

Apesar de tal teoria não ser a mais largamente aceita pela doutrina e jurisprudência brasileira, as quais soem aplicar às normas de direito fundamental a estrutura de princípios, é possível realizar uma tentativa de solução da tensão entre

a razoável duração do processo e a liberdade de ofício no caso concreto objeto do estudo. A partir de uma ideia das limitações dos direitos fundamentais como imanentes ao próprio direito, poder-se-ia tecer algumas considerações.

O direito fundamental à razoável duração do processo possuiria seus contornos na própria ideia do que é razoável, não se confundindo com aceleração do processo. Segundo Carlos Henrique Ramos (*apud* PESSOA; BATISTA NETO, 2009), o núcleo de tal direito consiste em "viabilizar que as partes tenham plena capacidade de trazer seus argumentos, bem como garantir que o juiz tenha condições de analisar as provas num tempo razoável para formar sua convicção". Os critérios que definirão a razoabilidade da duração é que constituem os limites e contornos deste direito, por exemplo, no processo civil importa considerar "a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes; c) atuação do órgão jurisdicional" como critérios (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, p. 93). Já no processo penal, para aferição do malferimento à razoável duração do processo para reconhecimento do excesso de prazo na prisão preventiva, levam-se em conta diversos fatores, como a complexidade da causa, a pluralidade de réus, a necessidade de expedição de precatórias, a atitude da defesa, etc. Assim, admitir-se-á limitações à razoável duração do processo, a serem ditadas justamente pelos critérios norteadores de um juízo de razoabilidade.

No tocante à liberdade de ofício, a própria Constituição e a lei estabelecem as hipóteses em que se dará sua restrição. O exercício da liberdade de escolher seu ofício está vinculado ao atendimento das qualificações profissionais que a lei estabelecer, como prevê a CF/88 em seu art. 5º, XIII, segunda parte. Atendida as qualificações, o profissional da advocacia só pode ter restringido seu direito ao livre exercício nos casos expressamente regulados pela lei, a exemplo do ingresso em autos para causar impedimento de julgador (art. 134, parágrafo único, do Código de Processo Civil), das causas de impedimento e incompatibilidade para o exercício da advocacia previstas na Lei n. 8.906/94 e na hipótese de aplicação de pena disciplinar de suspensão e/ou cassação de registro profissional.

Dentro deste espectro, pode-se afirmar que a imposição de um processo judicial eletrônico inacessível aos advogados deficientes visuais importa em restrição não autorizada à liberdade de exercer seu ofício de maneira independente, afetando mesmo o conteúdo essencial do direito, enquanto que a possibilidade de que estes

advogados continuem se utilizando do processo físico sequer constitui restrição à razoável duração do processo, se garantidas às partes o direito de ter seus argumentos apreciados em tempo razoável, o que deve ser assegurado seja qual for o meio de tramitação do processo.

3.4 SOLUÇÃO DA TENSÃO PELA TEORIA EXTERNA: O USO DA PONDERAÇÃO E SUA NECESSÁRIA DIFERENCIAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE

A teoria externa dos limites dos direitos fundamentais, opondo-se à interna, preceitua que os contornos de um dado direito se dão pela sua relação com os demais e com o plano fático. Denny Santiago (2014, p. 19) pontua que, *prima facie*, os direitos possuem conteúdo ilimitado, mas, a partir da análise de um caso concreto em que ele esteja em rota de colisão com outros princípios, através do sopesamento, é que se estabelecerá o conteúdo definitivo do direito, isto, frise-se, para aquela situação específica. A técnica mais comumente aceita para realização da teoria externa é a ponderação, assim definida por Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 261):

> O vocábulo ponderação, em sua acepção mais corrente, significa a operação hermenêutica pela qual são contrabalançados bens ou interesses constitucionalmente protegidos que se apresentem em conflito em situações concretas, a fim de determinar, à luz das circunstâncias do caso, em que medida cada um deles deverá ceder, ou quando seja o caso, deverá prevalecer.

A ponderação não se confunde com a hierarquização, uma vez que esta consiste, como já demonstrado, no escalonamento abstrato dos direitos fundamentais, enquanto o primeiro visa ao estabelecimento de condições de prevalência de um direito sobre o outro em determinado caso concreto. Assim, a ponderação se confundiria com uma hierarquização não absoluta, e sim voltada ao fato, como pontuou Marcelo Galuppo (1999, p. 194). Também não enxergamos procedência na diferenciação feita por Jorge Reis Novais (2010, p. 672) entre ponderação *ad hoc*, que seria a que ora se trata, e ponderação definitória, ou *definitional balancing* (do direito norte-americano), espécie de ponderação abstrata de interesses, a qual buscaria definir regras de solução de colisão entre interesses constitucionalmente assegurados que pudessem balizar os casos concretos

posteriores. Esta se confunde, na verdade, com a técnica da hierarquização. Ponderação, como já dito, é a técnica voltada para o estabelecimento de relações de prevalência no caso concreto, ligada ao modelo de direitos fundamentais com estrutura de princípios.

Questão que merece maiores esclarecimentos diz com a diferenciação que se deve fazer entre a ponderação e o princípio da proporcionalidade[12], mormente diante da constatação de Jane Reis (2006, p. 272) no sentido de que "na produção jurisprudencial e dogmática prevalece a tese de que a ponderação deve ser efetivada valendo-se da estrutura de raciocínio ínsita ao princípio da proporcionalidade", com o que não concordamos.

A ponderação, como já se conceituou, consiste no balanceamento de princípios em colisão, a fim de se obter uma relação de prevalência de um sobre outro em determinado caso concreto. É, pois, recurso que se destina a resolver tensão entre dois direitos fundamentais, se concretizando, como sustenta Ana Maria D'Ávila Lopes (2014), em três passos: 1) a identificação das normas colidentes; 2) a identificação das circunstâncias do caso concreto; 3) o balanceamento propriamente dito. Superadas estas três etapas, ter-se-ia o direito que deveria prevalecer no caso concreto. Defende ainda a referida doutrinadora que o princípio da proporcionalidade[13] se prestaria a resolver a colisão entre um direito fundamental e uma norma ou ato público que o restrinja, a fim de averiguar se a afetação de tal direito é legítima, através dos subprincípios da 1) adequação, a definir a idoneidade da afetação; 2) necessidade, para aferir se o meio empregado foi o menos oneroso possível; 3) proporcionalidade em sentido estrito, consistente no sopesamento entre os benefícios e os malefícios trazidos pela restrição.

---

[12] Não se adentrará, aqui, na discussão acerca da natureza da proporcionalidade, se princípio, regra, postulado, garantia, dever, máxima, etc., por entendermos despiciendo para os objetivos propostos. Quaisquer dos termos serão utilizados, sem maiores rigores técnicos, para se referir à proporcionalidade. Certo é que, ao se referir a princípio ou regra da proporcionalidade, estes termos não assumem o mesmo significado que na distinção entre regras e princípios no que pertine a normas jurídicas.

[13] Não se deve confundir, todavia, é a proporcionalidade com a razoabilidade. Enquanto a primeira possui um método de aplicação definível, a segunda está mais ligada à ideia de bom senso, recorrentemente utilizada no direito americano, em que a confiança nos juízes assume contornos relevantes. Assim, diferentemente da razoabilidade, a proporcionalidade "não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim" (SILVA, 2002, p. 30).

A nosso sentir, essa concepção está correta, merecendo, contudo, que seja ampliada a incidência do princípio da proporcionalidade para além de seu uso autônomo já descrito acima, mas também como fase posterior à ponderação de bens, quando esta for a técnica empregada. É que o uso da ponderação levará ao estabelecimento, no caso concreto, de um princípio prevalente e, consequentemente, de outro preterido, restringido, limitado. Definidas estas relações de prioridade, o próximo passo, por vezes, seria a configuração da forma como a norma ou o ato público que decorrerá da ponderação consubstanciará a prevalência de um e a consequente restrição de outro direito fundamental, quando o resultado do juízo ponderativo importar em uma restrição efetiva. Desse modo, não basta que se identifique o princípio prevalente, mas necessário também que a exteriorização da restrição se dê em obediência ao princípio da proporcionalidade. Em suma, enquanto a ponderação cuida dos princípios; a proporcionalidade, de suas restrições. Tanto é que Daniel Sarmento ([2009], p. 54) afirma que a "teoria dos limites externos, associada à técnica da ponderação" só "admite restrições compatíveis com o princípio da proporcionalidade".

Alexy não se atentou para esta diferença quando estabeleceu os três planos em que a ponderação se realiza, assim sintetizados por Gilmar Mendes (2003, p. 183):

> Para Alexy, a ponderação realiza-se em três planos. No primeiro, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos fundamentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então se realiza a ponderação em sentido específico e estrito. Alexy enfatiza que o postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma "lei de ponderação" segundo a qual, "quanto mais intensa se revelar a intervenção de um dado direito fundamental, mais significativos ou relevantes hão de ser os fundamentos justificadores dessa intervenção".

Percebe-se que o doutrinador alemão trata da ponderação, nos dois primeiros planos, referindo-se sempre à intervenção, que é, na verdade, objeto da proporcionalidade. Um direito fundamental só causa uma intervenção em outro após o estabelecimento das relações de preferência através da ponderação e a externalização do resultado por meio de uma norma ou ato público, que é o que efetivamente interfere, no sentido de limitar, em um direito fundamental, ainda que o faça em nome de outro direito.

A fim de criar um método racional para proceder à ponderação, Robert Alexy teorizou acerca desta como recurso capaz de solver a colisão de princípios através das leis de colisão e de sopesamento. Aparentemente sem se dar conta, acabou por diferenciar a ponderação da proporcionalidade, identificando esta com a lei de sopesamento e aquela com a de colisão, consoante será demonstrado. Não obstante, Alexy, mais uma vez confundindo os conceitos, não chegou a delinear estas diferenças de maneira expressa, tratando tudo como relativo à técnica da ponderação. Vejamos.

A fim de explicar didaticamente o uso da lei de colisão, Alexy utilizou o exemplo de um julgado da Corte Constitucional Alemã (BVerfGE vol. 51, 324) em que se questionava a possibilidade de ocorrência de um julgamento sem a presença do acusado, vez que este passava por delicado estado de saúde, podendo entrar em colapso diante do estresse advindo do julgamento. De um lado estava o princípio da inviolabilidade do corpo e da proteção à vida, de outro o devido processo legal, a garantir a funcionalidade do sistema de justiça criminal. O Tribunal alemão rejeitou solucionar o problema no âmbito da validade, pois que se tratavam de normas-princípio, por isto, tampouco admitiu que uma fosse exceção da outra. Assim, procedeu-se a definição de prevalência de um princípio em face do outro, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, o que findou por apontar que, diante do risco real e iminente à vida do acusado, este princípio teria maior peso, prevalecendo, não obstante se poder, em outras circunstâncias, chegar à solução diametralmente oposta. Deste modo, a lei de colisão representaria as condições em que um princípio prevaleceria sobre outro, a conferir um efeito legal (verdadeira norma-regra) ao princípio prevalente. Diga-se ainda que as relações de prioridade são relativas, voláteis, a depender das circunstâncias do caso concreto, o que torna o correto estabelecimento das condições de prioridade a verdadeira (e árdua) tarefa da teoria da otimização. (ALEXY, 2000, p. 296-297).

Perceba-se que a dita lei de colisão nada mais que uma acurada descrição do recurso da ponderação, um passo-a-passo para o estabelecimento das relações prioritárias entre dois direitos fundamentais que praticamente se confunde com os três passos definidos por Ana Maria D’Ávila Lopes e expostos anteriormente. Uma vez atingida a mais acurada definição das relações prioritárias, Alexy afirma ser necessário socorrer-se à lei do balanceamento para se definir a forma como a

prevalência se concretizará. Ora, a lei do sopesamento é a própria aplicação do princípio da proporcionalidade, e isto ele diz expressamente, mas não diz mais respeito à colisão entre princípios, e sim à proporcionalidade da restrição que emanará do resultado do juízo ponderativo. O erro está em conceituar tudo como etapas de realização da ponderação. Vejamos a descrição da lei do balanceamento ou sopesamento, tal qual procedido por Alexy.

Vendo o princípio como comando de otimização a ser realizado no máximo grau fática e legalmente possível, a relativização deste grau de realização, dentro do contexto fático, apontaria para os subprincípios da adequação e da necessidade. Imagine-se, pois, uma medida (M), que invade o âmbito de proteção de um determinado princípio (P_1), sob o pretexto de promover outro princípio (P_2), mas que, na verdade, não se mostra adequada para promover P_2. Assim, a otimização de P_1 e P_2 demanda que M não seja utilizada. Tem-se, portanto, o conteúdo do subprincípio da adequação. Noutra banda, o subprincípio da necessidade estabelece que M_1 é vedada, em respeito à otimização de P_1 e P_2, se existe M_2, a qual promove P_2 em medida aproximadamente igual a M_1, porém invade menos incisivamente o âmbito de proteção de P_1. No que concerne ao contexto jurídico, a relativização aponta para o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, o que se confunde com o próprio balanceamento (ou sopesamento), obtido através do recurso da ponderação, o qual entra em cena sempre que a realização de um princípio importe na não realização de outro, e pode ser sintetizado na formulação de que quão maior seja a interferência em P_1, maior deve ser a importância da realização de P_2. (ALEXY, 2000, p. 297-298).

Sintetizando toda a problemática, tem-se que a ponderação se confunde com a proporcionalidade em sentido estrito, última etapa do princípio da proporcionalidade, consistente no sopesamento de benefícios e malefícios causados pela prevalência de um princípio em face de outro (em caso de colisão entre dois direitos fundamentais) ou pela restrição de um determinado princípio (em casos de norma ou ato público restringindo um direito fundamental). Jane Reis (2006, p. 266) afirma tal identificação, a determinar que “se coloquem em equação os ônus e as vantagens que defluem da tutela total ou parcial de cada um dos bens jurídicos em conflito”. Contudo, como já bem definido, o recurso da ponderação não se confunde com o princípio da proporcionalidade, possuindo ambos finalidades distintas.

Diante da exposição traçada, resta analisar o caso concreto, primeiramente, sob a ótica da ponderação de bens[14], para posteriormente, analisar os atos públicos (decisões administrativas e judiciais) que impuseram limitações a um dos direitos fundamentais sob a ótica da proporcionalidade.

Realizando a ponderação, os dois primeiros passos já se encontram plenamente expostos no presente trabalho. Os direitos fundamentais em colisão foram identificados, quais sejam, os princípios da duração razoável do processo e da liberdade de ofício, bem como as circunstâncias do caso concreto estão fartamente expostas. Resta efetuar o balanceamento propriamente dito. Para isto, necessário atentar que uma interpretação dos direitos fundamentais consentânea com a moderna teoria geral dos direitos humanos impõe que se leve em conta o princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo, de acordo com o qual "nenhuma norma de direitos humanos pode ser invocada para limitar, de qualquer modo, o exercício de qualquer direito ou liberdade já reconhecida por outra norma internacional ou nacional" (RAMOS, 2012, p. 89). Neste sentido, tem-se que o direito fundamental à razoável duração do processo, a que se visa garantir com a determinação de informatização do processo judicial, impôs, ao não observar as regras de acessibilidade *web*, um ônus demasiado sobre o direito fundamental à liberdade de ofício dos advogados deficientes visuais, do qual decorre a liberdade de exercê-lo de maneira independente, ao passo em que aquele direito pode ser concretizado independentemente da informatização, bastando que se observe a necessidade de entrega da prestação jurisdicional em prazo razoável, exigência preexistente à realidade do processo virtual.

Nesta toada, sopesando os malefícios e benefícios da prevalência de um ou outro princípio no caso concreto, cremos que há ônus muito maior ao direito de liberdade de ofício imposto pelo privilégio à razoável duração do processo do que haveria caso se invertesse a relação de prevalência, devendo, pois, prevalecer o princípio da liberdade de ofício, sob a condição de que as garantias inerentes à

[14] Não se tratou, por ser questão relativamente complexa, que tornaria o presente trabalho modorrento e fugiria aos seus objetivos, das críticas e respostas a estas que se fazem acerca da ponderação de bens, relativamente, especialmente, ao subjetivismo, ao decisionismo e à incomensurabilidade do método ponderativo. Fato é que, na atualidade, tem sido a técnica ponderativa a mais utilizada, pelo menos na doutrina e jurisprudência brasileira, embora, muitas vezes, sem maior acuidade técnica.

razoável duração do processo continuem sendo observadas, independentemente da forma de tramitação do processo.

4 EXAME COMPARATIVO DE PROPORCIONALIDADE DAS DECISÕES LIMINARES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Antes de adentrar no mérito em si dos atos públicos, sob a ótica da proporcionalidade, necessário, inobstante já brevemente pincelado anteriormente, ressaltar as etapas da regra da proporcionalidade. A primeira delas, a adequação, consiste na exigência de que uma medida restritiva de um direito fundamental assim o seja com o fim de promover outro direito; em suma, deve-se indagar: “A medida adotada é adequada para fomentar a realização do objetivo perseguido?” (SILVA, 2010, p. 169-170). O segundo passo consiste no exame de necessidade, que exige que a medida aplicada seja a que melhor promova o direito fundamental e também a que importe na menor restrição possível ao outro direito. O problema surge, segundo Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 171-175), quando a medida mais eficiente é também a mais gravosa, inexistindo outra tão eficiente quanto que provoque menor restrição, o que só será resolvido pelo exame de proporcionalidade em sentido estrito, terceira etapa, que se confunde com a própria ponderação, no sentido de se “evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar”. Estabelecidas as premissas necessárias, partamos ao exame de proporcionalidade dos atos públicos objetos do trabalho.

A decisão liminar da lavra do Ministro Joaquim Barbosa, enquanto presidente do Conselho Nacional de Justiça, indeferiu o pedido de que a reclamante pudesse continuar peticionando em papel até a adaptação do sistema PJe aos *standards* de acessibilidade web, sob o argumento de que a “ajuda de terceiros para o envio de uma petição eletrônica (...) não configura o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação”. Ao exame da adequação, tem-se que a medida que impede o peticionamento físico tem por escopo a concretização da razoável duração do processo através da realidade do processo virtual, no que constituiria retrocesso permitir que os Tribunais já inteiramente informatizados voltassem a ter processos

tramitando fisicamente. Assim, a medida revelar-se-ia adequada para os fins a que se propõe. Todavia, não encontra melhor sorte no exame da necessidade.

É que "decorre do direito ao livre acesso às profissões que, *prima facie*, todos, desde que possuam as '*qualificações profissionais*' exigidas, tenham de modo *igual* o direito de exercer a profissão escolhida" (LEAL, 2006, p. 13); e a deficiência, hoje, não é mais vista como ônus pessoal, mas coletivo, dentro de uma perspectiva inclusiva (BARCELOS; CAMPANTE, 2012, p. 175-176), de modo que a acessibilidade ou é plena ou não existe, não comportando graduação, de modo que devam ser institucionalizadas "todas as medidas necessárias ao empoderamento da pessoa com deficiência, garantindo-se-lhe a autonomia e independência necessárias à prática de todos os atos da vida social (profissional, educacional, lazer etc.)" (PEREIRA; ALVES, 2013, p. 4). Sob esta ótica, percebe-se que a medida escolhida – que a pleiteante recorresse a terceiros para utilizar o sistema PJe – provoca restrição sobremodo gravosa ao direito fundamental em tela, enquanto que a informatização do processo judicial é, quando muito, garantia cuja inobservância não impede a fruição do direito à razoável duração do processo, o qual existia antes mesmo da realidade do processo eletrônico. Assim, há outras medidas que poderiam promover a razoável duração do processo sem restringir a liberdade profissional, como, por exemplo, a determinação de que o processo físico tramitasse em regime urgência, para equiparar sua tramitação à do processo eletrônico.

O que chama ainda mais atenção é que, aparentemente, a decisão em comento não parece haver sustentáculo no caráter temporário da inacessibilidade do sistema PJe, pois, apenas duas semanas após sua prolação, o CNJ editou a Resolução n. 185, de 18 de dezembro de 2013, na qual estatui a obrigatoriedade da adoção do PJe por todos os órgãos do Poder Judiciário, não mencionando qualquer necessidade de dotá-lo de acessibilidade, e ainda determinando, em seu art. 18, § 1º, que "os órgãos do Poder Judiciário devem providenciar auxílio técnico presencial às pessoas com deficiência", em repetição da desproporcional restrição advinda da decisão liminar explorada acima.

O Supremo Tribunal Federal, em cognição liminar, constatou o desacerto da decisão do CNJ. A decisão liminar no Mandado de Segurança n. 32.751, prolatada em 31 de janeiro de 2014, pelo Ministro Ricardo Lewandowski, ressalta a atuação do CNJ para "tornar o processo judicial mais célere como garante o art. 5º,

LXXVIII" da CF/88, através de "sistemas informatizados modernos e eficazes", reconhecendo que o próprio STF, através da Resolução n. 427/2010, também tornou obrigatório e exclusivo o peticionamento eletrônico de determinadas classes processuais na Corte, assentando, contudo que, "a partir do momento em que o Poder Judiciário apenas admite o peticionamento por meio dos sistemas eletrônicos, deve assegurar o seu integral funcionamento, sobretudo, no tocante à acessibilidade". Após discorrer acerca da exigência de que a impetrante rogasse auxílio a terceiros como malferidora da dignidade da pessoa humana e das normas internas e internacionais de acessibilidade, conclui que o atual sistema de processo eletrônico "impede o livre exercício profissional da impetrante", determinando "ao CNJ que assegure à impetrante o direito de peticionar fisicamente em todos os órgãos do Poder Judiciário", enquanto não houver a adequação do processo judicial eletrônico aos "padrões internacionais de acessibilidade web".

A medida revela-se absolutamente adequada, pois apta a promover a liberdade de ofício enquanto direito fundamental, mostrando-se também necessária, pois promove o princípio causando a menor restrição possível no outro (se é que efetivamente haja essa restrição), bastando que o direito à razoável duração do processo seja igualmente observado no processo físico, como deve ocorrer em todos os órgãos do Judiciário que ainda possuem processos tramitando em meio físico. O juízo de proporcionalidade em sentido estrito também aponta para o acerto da medida, uma vez que seus benefícios superam em muito os inconvenientes causados por ela, absolutamente superáveis com uma mínima boa vontade por parte do Poder Judiciário.

5 DERRADEIRAS CONSIDERAÇÕES

O julgamento liminar do MS 32.751 pelo Supremo Tribunal Federal, ao reformar a decisão anterior do CNJ, constituiu inegável avanço no reconhecimento de direitos das pessoas portadoras de deficiência, sobretudo no que se refere às inovações tecnológicas e a adequação que as mesmas devem ostentar quanto aos padrões de acessibilidade.

O caso concreto tratou da contraposição entre dois direitos fundamentais, da razoável duração do processo e da liberdade de ofício, em rota de tensão diante

da inacessibilidade do sistema de processo eletrônico adotado pelo Poder Judiciário brasileiro. Como garantes dos direitos mencionados, estariam a informatização do processo judicial e a acessibilidade, respectivamente, todos, garantias e direitos, posicionados dentro de um sistema de direito humanos e fundamentais.

Observando-se a tensão sob os mais diversos ângulos, afastou-se a possibilidade de se tratar de uma antinomia apenas aparente, pelo enquadramento das necessidades dentro do âmbito de proteção normativa dos princípios, bem como a possiblidade de se estabelecer uma hierarquia prévia e abstrata entre os interesses em jogo, seja formal, seja material. Contudo, foi possível analisar a tensão sob a ótica da categorização, como técnica inerente à teoria interna das restrições aos direitos fundamentais, concluindo-se pela ausência de autorização para a restrição provocada ao exercício profissional livre e independente. Já pela ótica da ponderação, como recurso da teoria externa, diferindo da proporcionalidade, chegou-se à conclusão pela prevalência da liberdade de ofício, mediante a condição de observância da razoável duração do processo, qualquer que fosse o meio de tramitação processual.

Por fim, ambas as decisões questionadas foram analisadas comparativamente sob o princípio da proporcionalidade, concluindo-se pelo não atendimento do subprincípio da necessidade pela decisão do CNJ e do pleno atendimento aos três subprincípios da proporcionalidade pela decisão liminar do STF.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. **Ratio juris**, v. 13, n. 3, p. 294-304, set. 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de; CAMPANTE, Renata Ramos. A acessibilidade como instrumento de promoção de direitos fundamentais. In: FERRAZ, Carolina Valença et al (Coord.). **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARCELLOS, Bruno Lima. **A duração razoável do processo**. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.mt.gov.br/portal/uploads/artigos juridicos/Art_Duracao_razoavel_processo.PDF>. Acesso em: 14 jun. 2014.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. **O direito fundamental à razoável duração do processo e a reforma do poder judiciário**: uma desmi(s)tificação. Disponível em: <http://www.adonias.adv.br/artigos/TGP_2.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIAS, Eduardo Rocha. Os limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. In: **Democracia, Direito e Política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller, org. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 143, p. 191-209, jul./set. 1999.

GUERRA, Gustavo Rabay. **O princípio constitucional da razoável duração do processo**: o acesso à tutela jurisdicional célere como direito fundamental. 2008. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/11188>. Acesso em: 31 maio 2014.

LEAL, Roger Stiefelmann. Atividade profissional e direitos fundamentais: breves considerações sobre o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 8, n. 81, p. 10-29, out./nov. 2006. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_81/Artigos/PDF/Roger_rev81.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2014.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Democracia hoje**: para uma leitura crítica dos direitos fundamentais. Passo Fundo: UPF, 2001a.

______________________. **Direitos e garantias fundamentais**: programa de pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. 18 fev. 2014, 10 jun. 2014. Notas de Aula.

______________________. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001b.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Duração razoável e informatização do processo nas recentes reformas. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, a. 4, v. 6, p. 514-545, jul./dez. 2010. Semestral. Periódico da Pós- Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Disponível em: <http://www.redp.com.br>. Acesso em: 31 maio 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. **Estação Científica: Ed. Especial Direito**, Juiz de Fora, v. 1, n. 4, p. 82-97, out./nov. 2009.

MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Interpretação Constitucional. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 10, n. 18, p. 214-235, jun. 2013. Semestral. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/18/11.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Repertório de Jurisprudência IOB**, São Paulo, v. 1, n. 5, p. 185-178, mar. 2003.

MOURA, Fernando Galvão; CARDOSO, Raphael de Matos. **Celeridade processual**: direito e garantia fundamental. A positivação de princípios constitucionais. Disponível em: <http://www.fernandogalvao.com/down_publicacoes.php?arquivo=artigo_celeridade[1].pdf&id=19>. Acesso em: 14 jun. 2014.

MULLER, Júlio Guilherme. **Direitos fundamentais processuais**. 2004. Tese (Doutorado) - Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra, 2010.

PEREIRA, Mateus Costa; ALVES, Pedro Spíndola Bezerra. A dignidade da pessoa humana com deficiência: reflexos práticos da acessibilidade enquanto direito fundamental. **Revista Brasileira de Tradução Visual**, Recife, v. 14, n. 14, p. 1-18, abr./jun. 2013. Disponível em: <http://www.rbtv.associadosdainclusao.com.br/index.php/principal/article/view/169/293>. Acesso em: 01 jun. 2014.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. A ponderação de interesses como ferramenta metodológica de aferição da constitucionalidade das restrições aos direitos. In: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Cap. 4. p. 215-295.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; BATISTA NETO, Dilson Cavalcanti. **A razoável duração do processo enquanto direito fundamental processual**. 2009. Parte integrante da Edição n. 506 do Portal Boletim Jurídico de Uberaba/MG - ISSN 1807-9008. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1974>. Acesso em: 01 jun. 2014.

PESSOA, Carlos Levi Costa. O direito fundamental à acessibilidade: análise de decisão judicial que assegura sua aplicação. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 13, n. 2, p. 353-372, jul./dez. 2012.

RAMOS, André de Carvalho. A interpretação dos tratados de direitos humanos. In: RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Cap. 8. p. 80-99.

SANTIAGO, Denny Mendes. **As limitações aos direitos fundamentais**: os limites dos limites como instrumento de proteção ao núcleo essencial desses direitos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A liberdade de expressão e o problema do "hate speech"**. Disponível em http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/a-liberade-expressao-e-o-problema-do-hate-speech.pdf. Acesso em: 01 jun. 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

______________________. **O proporcional e o razoável**. RT, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito Fundamental à duração razoável do processo**. 2008. Estudo em homenagem ao Prof. Ovídio Baptista da Silva. Disponível em: <http://www.anima-opet.com.br/segunda_edicao/Humberto_Theodoro_Junior.pdf>. Acesso em: 31 maio 2014.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITO FUNDAMENTAL À DEMOCRACIA

Emerson Ademir Borges de Oliveira[15]

RESUMO: O princípio democrático está inscrito nas Constituições contemporâneas como fundamental para o desenvolvimento do Estado Constitucional. Embora o conceito possa variar, é certo que existem alguns pressupostos e características que permitem avaliar o status democrático de uma sociedade, bem como a existência de efetividade aos direitos diretamente decorrentes da democracia, vale dizer, direitos voltados à instrumentação do princípio. O projeto constitucional se inscreve cotidianamente e passa a exigir o agir do Poder Público, em qualquer de suas funções, pois a efetivação da Constituição é dever de todos. Quando ausente a efetividade, passa-se a cogitar a transcrição dos direitos sobre a democracia pela veia constitucional. E ultrapassada a vertente meramente aplicadora da lei, o Judiciário erege como criador do Direito em um aspecto interpretacionista. No tocante ao direito fundamental à democracia, a Jurisdição Constitucional acaba assumindo o relevante papel de implementação quando os demais Poderes se omitem desse compromisso. Mais importante ainda é o fato de que a democracia não se efetiva apenas pelo fato de ser um direito fundamental, mas sim por ser um direito fundamental imprescindível no auxílio da implementação de outros direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Jurisdição Constitucional. 2. Direitos fundamentais. 3. Democracia.

ABSTRACT: The democratic principle is present in the contemporary Constitutions as the central for the development of the constitutional State. Although the concept may vary, there are some assumptions and characteristics that allow the evaluation of a society´s democratic status, as well as the existence of effective directly democratic rights. In other words, rights capable of exercising the principle. The constitutional project is performed daily and it requires the action of government, in all of its functions, since the execution of the Constitution is an obligation of all. When

[15] Mestre e Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Advogado da Petróleo Brasileiro S.A. Membro da Comissão de Direito Constitucional da OAB/SP

the effectiveness is left beside, its common to cogitate the transcription of rights about democracy in the Constitution. And once the thought of the Judiciary only as a law enforcer is overcame, the Judiciary assumes a role of rights creator in an interpretationist aspect. Regarding the fundamental right to democracy, Constitutional Jurisdiction assumes the role of implementation when the other Powers omit this commitment. More important is the fact that the realization of democracy is not necessary only because it is a fundamental right, but also is a vital fundamental right that supports the implementation of other fundamental rights.

KEYWORDS: 1. Constitutional Jurisdiction. 2. Fundamental rights. 3. Democracy.

INTRODUÇÃO

Toda e qualquer doutrina constitucionalista moderna voltar-se-á na direção da resposta de uma pergunta necessária em um mundo de Constituições tão embebidas de direitos, muitos internacionalmente influenciados: a simples disposição no texto constitucional confere força normativa suficiente para que tais direitos sejam efetivados, inclusive pelo Judiciário?

Entre nós, parece que existe atualmente um esforço hermenêutico para conferir realidade aos direitos propugnados pela Carta Constitucional construída há mais de 22 anos. Não bastaria, nessa toada, que eles estejam inseridos dentro do texto constitucional. Precisam, mais do que isso, serem implementados no cotidiano do cidadão, considerado individualmente ou em conjunto.

O ex-Ministro Eros Grau, antes mesmo da elaboração da nova Carta, preocupou-se em realizar a seguinte observação: “Cumpre-nos, pois, desmistificar a Constituição, conferindo imediata eficácia e aplicação a suas disposições, inclusive às ditas programáticas”[16]. Constituição não é mera carta de intenções; modelo sobre a qual o Estado na medida do possível irá se guiar. Constituição é compromisso. É dívida perante a sociedade da tutela dos direitos por ela instituídos. Até porque a Constituição, de certa forma, é um espelho de pretensões da sociedade.

Nesse mesmo sentido, acerca da Constituição portuguesa, Vieira de Andrade assim se manifestou:

---

[16] GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a Constituição que teremos*. p.45.

> os direitos e liberdades não se bastam já com a sua proclamação formal: a experiência de liberdades que, por ausência de regulamentação jurídica ou por falta de condições de facto, não podiam concretizar-se leva a que da consagração dos direitos se deduza também a obrigação para o Estado de criar as condições objectivas indispensáveis à efectiva realização prática desses direitos. Sobretudo por influência das críticas socialistas, tende a abandonar-se o conceito de *liberdades abstractas* em favor do de *liberdades concretas*[17].

Francisco Viola, em seu estudo sobre a democracia deliberativa, faz uma distinção expressiva justamente no tocante a essa configuração da Constituição, no anseio de demonstrar a conexão entre o constitucionalismo e o multiculturalismo. A relação entre a Constituição e os procedimentos democráticos podem ser visualizadas de dois modos diferentes: a Constituição limitando externamente a democracia e a Constituição como objeto dos mesmos procedimentos democráticos[18].

De acordo com o autor, de um lado, apresenta-se a "Constituição-custódia", visualizada dentro de uma concepção clássica como um modelo em que se inserem princípios e normas determinantes oriundas do poder político eleito e majoritário. Essas regras – completas e determinadas - contidas na Constituição atuariam como vínculos invioláveis, apresentando-se como limites externos à democracia que elas mesmas definem – regras do jogo. Este modelo produz uma "particular democracia vigiada", estrita, em que se prestam contas das atividades e políticas utilizadas, bem como sobre seus efeitos incide responsabilidade[19].

Diferentemente, a "Constituição-semente" apresenta um modelo aproximado de uma leitura moral e aberta. Forma sua preferência por princípios a serem delineados consoante o contexto social e as circunstâncias históricas. Seu pressuposto é, basicamente, que os princípios constitucionais estão incompletos e indeterminados. Para cada caso, apresentar-se-iam regras gerais e, nas especificidades, regras particulares a serem eleitas em cada caso mediante uma interpretação confiada a instituições democráticas. Esse modelo produziria uma "democracia agricultora", eis que, lançada a semente principiológica, busca

---

[17] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* p.53.
[18] VIOLA, Francesco. *La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo*. p. 3.
[19] VIOLA, Francesco. *La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo*. p. 3-4.

desenvolver potencialmente os respectivos princípios. Assim, os princípios constitucionais regem internamente os procedimentos democráticos ao mesmo tempo em que se tornam deles objetos[20].

E, nos dizeres da professora Monica Caggiano, esse modelo interpretativo e argumentativo conduz a um **exercício deliberativo**, justamente pela diversidade de opiniões e os debates incidentes "para alcançar a interpretação que melhor se conformize às demandas e que se apresente mais justa"[21]. É esse modelo – Constituição-semente – que mais se afina com a leitura proposta pelas diretrizes interpretacionistas da Constituição, como estamos tratando. Como ressalta Viola, o segundo modelo "permite formas de interpretación judicial mucho más articuladas y, consecuentemente, acerca al juez constitucional con el legislador"[22].

Continua o autor:

> Mi objetivo es el de mostrar que el segundo modelo es el más adecuado para comprender las relaciones efecivas que existen entre uma Constitución liberal y uma democracia representativa, y consecuentemente, el de defender la tesis de la estrecha conexión entre constitucionalismo y régimen democrático contra aquellas que afirman su yuxtaposición o su contraposición[23].

Diante desse quadro, urge necessário que se disponibilize instrumentária para conceder tutela a tais direitos. A guarida deles, ou seja, sua efetividade, depende, sobretudo, da utilização de meios que propiciem alcançar as finalidades de tais princípios.

1. A IMPLEMENTAÇÃO DO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

O primeiro desses meios, evidentemente, é o próprio acesso aos Tribunais para reivindicar um direito que não é atendido espontaneamente pelo

---

[20] VIOLA, Francesco. *La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo*. p. 4-6.

[21] CAGGIANO, Monica H. S. *Democracia x constitucionalismo*. p.12.

[22] VIOLA, Francesco. *La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo*. p. 7. No vernáculo: "permite formas de interpretação judicial muito mais articuladas e, consequentemente, aproxima o juiz constitucional do legislador".

[23] VIOLA, Francesco. *La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo*. p. 7. No vernáculo: "Meu objetivo é demonstrar que o segundo modelo é o mais adequado para compreender as relações efetivas que existem entre uma Constituição liberal e uma democracia representativa, e, consequentemente, defender a tese de estreita conexão entre o constitucionalismo e o regime democrático contra aquelas que afirmam sua justaposição ou sua contraposição".

Estado. Esse direito é o da prestação da tutela jurisdicional – que se presta a tutelar não só os direitos fundamentais, porém todo e qualquer direito. Mas não somente uma tutela jurisdicional, e sim aquela que é adequada para a persecução de cada direito que se pleiteia. Salienta Canotilho: "Como conteúdo *constitucional* e *internacional mínimo,* exige-se que a *proteção jurisdicional* não fique aniquilada em virtude da inexistência de uma **determinação legal** da via judicial adequada"[24]; e tampouco que essa colocação seja "vaga e imprecisa".

Além disso, é preciso que tal tutela se preste a dar efetividade ao direito, não bastando que dela decorra um processo que diga ser legítimo ou não tal pleito, a não ser que o resultado perquirido se baste nessa questão[25]. Assim, afora estes casos, uma tutela que cuide apenas de "dizer o direito" não se encontra em consonância com o dever de prestar a tutela efetiva por parte da jurisdição no Estado Constitucional-Social.

E quando se fala em tutela dos direitos fundamentais é ocasional ressaltar que não se trata simplesmente de defender direitos postos da ameaça de nova legislação, como nos casos de ação direta de inconstitucionalidade. Na verdade, como bem lembra Vieira de Andrade, a "tutela jurídica dos direitos fundamentais realiza-se, portanto, através de todos os ramos de direito"[26]. Vale dizer, a observação da tutela efetiva e adequada dos direitos fundamentais estende-se por todo o ordenamento jurídico, culminando numa proteção generalizada, traçando as delimitações do ramo pretendido e do caso concreto; assim como o mandado de segurança pode servir tanto no aspecto cível como no criminal.

De acordo com o §1º do artigo 5º da Constituição Federal, "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Ocorre que os direitos de defesa e os direitos a prestações constituem-se de forma bastante diferentes dentro do texto constitucional, conferindo a eles peculiaridades no trato de

---

[24] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição.* p.465.

[25] "Dar tutela a um direito nada mais é do que lhe outorgar proteção. Mas, exceto quando o autor postula uma sentença declaratória da existência ou da inexistência de uma relação jurídica ou a constituição ou a desconstituição de uma situação jurídica (sentença *des*constutiva), e, assim, além da sentença não é necessária qualquer *atividade de complementação da prestação jurisdicional*, não há como admitir que a sentença *é suficiente* para o juiz se desincumbir do seu dever de prestar a tutela jurisdicional". MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. v.1. p.112.

[26] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* p.313.

sua eficácia. Isso, no entanto, não descaracteriza a necessidade de se buscar aplicabilidade às prestações.

Acerca dos direitos de defesa, aliás, cabe a colocação de Ingo Wolfgang Sarlet:

> podemos concluir que em se tratando de direitos fundamentais de defesa, a presunção em favor da aplicabilidade imediata e a máxima da maior eficácia possível devem prevalecer, não apenas autorizando, mas impondo aos juízes e tribunais que apliquem as respectivas normas aos casos concretos, viabilizando, de tal sorte, o pleno exercício destes direitos (inclusive como direitos subjetivos), outorgando-lhes, portanto, sua plenitude eficacial e, conseqüentemente, sua efetividade[27].

Tal razão de ser se dá, na opinião do professor supracitado, em virtude de serem as normas de defesa geralmente dotadas de "suficiente normatividade" e por isso "independem de concretização legislativa, consoante, aliás, já sustentava a clássica concepção das normas auto-executáveis"[28]. Esse conceito, no entanto, soa vago, como se o rol de direitos de prestações por seu lado fosse obscuro e precisasse de interpretação legislativa ao passo que o rol de direitos de defesa fosse tão claro que tal mediação fosse desnecessária, podendo ser exigidos de pronto.

A nosso ver, ambas situações gozam do caráter de exigibilidade automática em Juízo, variando somente a situação concreta em que são levantados. Observa Marinoni: "Como as normas constitucionais têm força vinculante, não há razão para o juiz se curvar à ausência de lei, permitindo que os direitos fundamentais se tornem letra morta"[29].

O legislador, o administrador e o juiz possuem uma responsabilidade no que concerne à efetivação dos direitos fundamentais. A essa eficácia dá-se o nome de *vertical*, pois constitui aos três, representando o Estado, a obrigação de tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos, com uma ação daqueles em prol destes. Assim é que o juiz, na omissão dos dois primeiros, pode abrigar dentro do contexto da necessidade um direito fundamental que restou violado. Note-se, ao juiz não resta inovar, mas somente prestar o mínimo garantido pelo direito fundamental e esse

---

[27] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p.258. Não cumpre nosso objetivo, no entanto, nesse trabalho discorrer acerca da instrumentalização de eficácia de cada direito fundamental de defesa considerado.
[28] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p.253.
[29] MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. v.1. p.77.

talvez seja o maior desafio do direito constitucional na atualidade. Essa eficácia é sempre direta ou imediata.

Entretanto, pensando-se num Estado onde o direito não serve mais tão somente para proteger o cidadão do mesmo, como na concepção liberal, as relações prestacionais ganham especial relevo. E, pensando-se na democracia, evidentemente um princípio fundamental não apenas de nosso Estado, mas de todos aqueles albergados por Constituições modernas, há que se socorrer de reflexos distintos a depender da forma e da especificação da efetivação da democracia.

A democracia pode estar, por exemplo, protegida de forma defensiva, quando a Constituição proíbe o Estado de se imiscuir na criação dos partidos políticos (artigo 17, *caput*). Assim como pode ter cunho prestacional com o fundamento do Estado de promover o pluralismo político (artigo 1º, V).

Parece-nos que toda a questão da separação entre aquilo que é efetivação da Constituição e o que é ativismo, isto é, entre o que seria permitido e o que seria supostamente proibido ao Judiciário, gira em torno do caráter do direito que decorre do princípio a ser efetivado.

É evidente que a efetivação de direitos que decorram de determinado princípio pode trazer em si o problema das colisões com outros direitos também assegurados constitucionalmente.

Ao trazer uma tentativa de resposta ao problema das colisões, Alexy alerta: “todas as colisões podem somente então ser solucionadas se ou de um lado ou de ambos, de alguma maneira, limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos”[30], o que nos permite crer que os direitos fundamentais em confronto necessitam de uma especial atenção no relevo que ocupam no caso concreto.

Nesse sentido é que os direitos fundamentais precisam gozar de um aspecto de flexibilidade que lhes permita, embora dentro de uma ordem fundamental, trabalhar o contexto propriamente dito. Outrossim, sobrelevam-se os princípios mais salutares como direitos que “largam na frente” dos outros, caso da igualdade e da liberdade. Isso quer dizer que o direito à liberdade em confronto com outro direito tem a prerrogativa de, a princípio, ser mais substancial, necessitando o

---

[30] ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. p.62.

outro direito demonstrar-se mais importante; vale dizer, apresentar uma carga muito maior de elementos de convicção em seu favor[31].

Com a democracia não é diferente, até mesmo considerando sua posição topológica em nossa Constituição, ressaltada não apenas no preâmbulo, mas também na própria estrutura da República Federativa do Brasil (artigo 1º, *caput*). Em Portugal a ideia é a mesma. O preâmbulo luso assegura à Assembleia Constituinte a missão de "estabelecer os princípios basilares da democracia" e "assegurar o primado do Estado de Direito democrático", melhor especificado no artigo 2º.

O preâmbulo da Constituição Espanhola de 1978 traz entre os objetivos da Nação "estabelecer uma sociedade democrática avançada". O artigo 1º estabelece a Espanha como "Estado Social e Democrático de Direito", com valores superiores a liberdade, justiça, igualdade e pluralismo político.

Da mesma forma, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, em seu artigo 20 estabelece que a República Federal da Alemanha é um Estado Democrático e Social (*demokratischer und sozialer Bundesstaat*).

No plano internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, traz em seu artigo XXIV o princípio do Estado de Direito para assegurar o respeito aos direitos e liberdades e a satisfação das "justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática".

Enfim, considerando o princípio democrático como fundamental e não sendo possível nem uma "ordem inflexível" na organização dos princípios, que viabilizasse uma única solução para cada caso, e nem uma relação de "regras de decisão para cada caso concebível de direito fundamental"[32], que seria o ápice de uma "ordem dura", a saída, em meio ao conflito, é um "processo de argumentação jusfundamental" objetivando uma "questão de controle racional"[33] de tal argumentação. De qualquer forma, cabe ressaltar, nesse sentido, o magistério de Alexy, segundo o qual o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático

[31] "A idéia de prioridade *prima facie* dos princípios da liberdade e da igualdade instituiu uma estruturação da argumentação segundo os princípios. Para que um princípio possa se sobrepor ao princípio da liberdade é necessária *uma argumentação mais robusta do que aquela que se deve fazer para sustentá-lo*". MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. v.1. p.68.
[32] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. p.552.
[33] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* p.553.

geral que não pode resolver o conflito sem a presença do juízo de valor para cada bem[34].

Há que se falar ainda em um princípio da "concordância prática", ou seja, uma análise da unidade da Constituição, harmonizando "da melhor maneira os preceitos divergentes"[35], "através de um critério de *proporcionalidade* na distribuição dos custos do conflito"[36]. Assim, o sacrifício de um direito só ocorre quando é necessário para a salvaguarda de outro que naquela ponderação é considerado mais importante.

É salutar compreender que dentro de uma ordem jurídica e de uma sociedade complexas os conflitos são inevitáveis. A busca por soluções vai além da simples eleição numérica de força de princípios, a tal ponto que mesmo os mais salutares para a compreensão de um Estado Democrático, quais sejam a liberdade e a igualdade, são relativizados quando em confronto com outros princípios que, *prima facie*, são menos substanciais, mas cujos argumentos podem levar a entender em sentido contrário. É esta flexibilidade que garante a existência no texto constitucional de princípios por vezes tão opostos.

E a democracia deve se render a tal propósito, sob pena da própria conclusão ser tida como antidemocrática. Melhor explicando, é possível que os direitos decorrentes do princípio democrático, quando em confronto com outros direitos ou princípios, venham a ceder sua posição preponderante, o que, ao cabo, se dá em nome da própria democracia.

Por exemplo, é comum valer-se do direito de informação com fulcro no princípio democrático para se escorar a publicação pela mídia de reportagens que tratam de determinados representantes políticos da sociedade, mas que, ao extrapolarem o direito de publicidade, adentram a questões pessoais ou que ainda se encontram sob investigação, fulminando o princípio da presunção de não culpabilidade.

Decisões como essa, como o voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 9.428, asseveram que tais limitações não podem ser comparadas a

---

[34] Ver: ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*.
[35] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* p.222.
[36] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.*. p.223.

censuras, o que advogaria contra a democracia, mas sim se tratam de restrições inerentes ao próprio princípio democrático, de forma que a liberdade regrada seja compatibilizada com seu exercício comum. Faz parte da democracia a compreensão de que não deve a mídia se valer de poderoso instrumento para articular a opinião pública, arranhando o livre exercício de escolha.

Recentemente, em outubro de 2012, a rede social *Twitter* anunciou o bloqueio de acesso pelos alemães à conta pertencente à organização neonazista *Besseres Hannover*, embora ainda pudesse ser visualizada em outros países. O contexto histórico, todavia, justifica a postura ancorada na condenação judicial dos membros do grupo por incitarem o ódio racial e formação de quadrilha, principalmente considerando o modelo de Estado propugnado pelo artigo 20 da Lei Fundamental de Bonn, ainda mais em face da construção jurisprudencial exercida a partir da liberdade de expressão do artigo 5 da *Grundegesetez* no caso *Luth*[37]. Conforme assevera Gilmar Mendes, "as restrições legislativas são permitidas e até exigidas constitucionalmente quanto têm o propósito de proteger, garantir e efetivar tais liberdades"[38].

Assim, a efetivação da democracia, por meio dos direitos mais objetivos a ela inerentes, é uma dança conforme a música. Além da análise que envolve ser o dispositivo de defesa ou de prestação, envolve sempre a observação casuística de eventual conflito do princípio com outros decorrentes do próprio Estado Democrático de Direito.

2. A FUNÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

O caráter hierárquico e político que a Constituição oferece se volta em face das leis e dos atos administrativos para seu controle perante aquela, de forma a tentar exprimir da Lei Fundamental uma compreensão que mais se aproxime das pretensões da sociedade.

O mestre Bonavides ressalta:

---

[37] BverfGE 7, 198, 1958.

[38] MENDES, Gilmar Ferreira. O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais. p. 10.

> Sem esse controle, a supremacia da norma constitucional seria vã, frustrando-se assim a máxima vantagem que a Constituição rígida e limitativa de poderes oferece ao correto, harmônico e equilibrado funcionamento dos órgãos do Estado e sobretudo à garantia dos direitos enumerados na lei fundamental[39].

Evidentemente que tal atribuição de poderes a um Tribunal traz os riscos de que o Judiciário afete o equilíbrio e a igualdade entre as funções do Estado, sobrepujando-se ao sistema de *checks and balances*, o que não justifica, no entanto, sua não adoção. O risco é inerente a todo Estado Democrático, caracterizado, justamente, pela instabilidade que decorre da existência de poderes nas mãos de mais de uma pessoa e da presença da oposição política.

Ademais, a existência do controle de constitucionalidade visa garantir que a vontade soberana do povo, por meio do poder constituinte originário, seja garantida enquanto a Constituição for condizente com os anseios da sociedade. Controlar a constitucionalidade das leis e atos nada mais é do que assegurar a efetividade da Constituição.

Além disso, ressaltam Mendes, Coelho e Branco:

> Se o Estado é a forma por excelência de manifestação do poder político, e a Constituição, o seu estatuto fundamental, então onde quer que se institucionalizem relações de mando, alguém terá de arbitrar os inevitáveis conflitos entre os *fatores reais de poder*.
> Integram esses embates políticos – desde logo e obviamente – as permanentes contendas entre o governo, que precisa implementar seus programas e, assim, cumprir as promessas de campanha, e a oposição, que tendo perdido a disputa eleitoral, a todo instante bate às portas da Justiça na esperança de obter a sua ajuda para estorvar a ação governamental, que para tanto denuncia como atentatória aos preceitos da Constituição[40].

A escolha do Judiciário como órgão que decide acerca da constitucionalidade das leis acaba se tornando uma escolha ainda mais trágica porque, a bem da verdade, o legislador atual não é aquele que edita as leis, mas sim aquele que tem o poder de mantê-las ou revogá-las, e, no primeiro caso, atribuir a interpretação que entender ser pertinente com o fundo constitucional.

---

[39] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 297.
[40] MENDES, G.F; COELHO, I.M.; BRANCO, P.G.G. *Curso de direito constitucional.* p. 133.

Nada disso retira, ainda, a autenticidade dessa escolha. Cumpre lembrar que o Judiciário é, ao menos na teoria, o mais técnico dos três poderes e o único que precisa motivar racionalmente as suas escolhas.

Ao depois, a escolha dos juízes como maestros principais da jurisdição constitucional acabou se construindo de forma histórica. De um lado, o Antigo Regime construiu a miséria da concentração de poderes nas mãos do Executivo soberano absoluto. Por outro lado, conferir ao poder que detém a competência para fabricar as leis a última palavra sobre a sua constitucionalidade seria, além de inócuo, o equivalente a se criar um novo soberano, dessa vez o Legislativo. Nem se diga, mais, que isso romperia com a hierarquia constitucional, precisamente no ponto em que permitiria ao Legislativo a manutenção de uma lei tida por inconstitucional, o que equivaleria a uma alteração constitucional por via legal, enfraquecendo os propósitos superiores da Constituição.

Daí o completo disparate reinante na concepção da Proposta de Emenda Constitucional 33/2011, do Deputado Nazareno Fonteles, que condicionava a edição de súmulas vinculantes à aprovação do Congresso Nacional e a produção de efeitos das decisões tomadas em ações diretas de inconstitucionalidade à apreciação também do Congresso. Ademais destas pérolas, a PEC ainda aumentava para quatro quintos a declaração de inconstitucionalidade na cláusula de reserva de plenário.

Como se manifestara publicamente, no dia 25 de abril de 2013, o Ministro Gilmar Mendes, não havia dúvidas de que a proposta era inconstitucional "do começo ao fim, de Deus ao último constituinte que assinou a Constituição. É evidente que é isso. Eles rasgaram a Constituição. Se um dia essa emenda vier a ser aprovada, é melhor que se feche o Supremo Tribunal Federal".

Por evidente, a proposta atacava o cerne de uma das cláusulas básicas do constitucionalismo pátrio, a separação de poderes, praticamente submetendo o maior dos controles do Judiciário – o de constitucionalidade – à livre apreciação do Congresso Nacional. Felizmente, fora rejeitada.

Novamente, relevam-se as lições de Mendes, Coelho e Branco:

> Como vista, essa opção *judiciarista* não decorreu de nenhuma construção teórica, nem tampouco de nenhum projeto de engenharia política, antes se consolidou ao sabor da própria experiência constitucional, num processo tão aleatório quanto o da formação do gabinete na Inglaterra, por exemplo, que o sensitivo André Maurois atribuiu ao *tempo*, ao *acaso*, ao *bom senso* e ao *compromisso*[41].

Evidentemente que é no cotidiano e nas ruas que se busca a afinação da Constituição com os anseios da sociedade, o que impele o Judiciário a evitar qualquer distanciamento que o coloque no Olimpo, surdo aos gritos populares. Entre nós, há quem diga que Brasília fora concebida para ser estrategicamente uma ilha...

O fato é que, nas precisas palavras de Häberle, somente com a participação popular na jurisdição constitucional é que o Judiciário estará cumprindo o primado da *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Nessa linha, oportunas na nossa experiência constitucional as audiências públicas e as participações dos *amici curiae*.

Sobre essa temática, o excelente trabalho da professora Anna Candida da Cunha Ferraz, em homenagem aos escritos do professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, oferece melhor tonalidade.

A professora das Arcadas lembra que a jurisdição constitucional, vista como a defesa da Constituição e dos Direitos Humanos Fundamentais, “somente encontra fundamento, legitimidade, justificativa e espaço neste século, no Estado Democrático de Direito, ou seja, no Estado Constitucional”[42].

A afirmação se encontra em consonância com a defesa pelo homenageado professor de que a *justicialidade* é um dos fundamentos do Estado de Direito e consequência da supremacia da Constituição[43].

É que, como ressalta a professora, a inserção dos direitos e garantias fundamentais, principalmente a partir da Declaração Universal de 1948, acabou se

---

[41] MENDES, G.F; COELHO, I.M.; BRANCO, P.G.G. *Curso de direito constitucional.* p. 137-138.

[42] FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A projeção da democracia participativa na jurisdição constitucional no Brasil. p. 76.

[43] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição.* p. 32-33 e 63. Ainda: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. p. 109-112.

tornando a bandeira do constitucionalismo contemporâneo, o que conduz a uma ideia que não pode se limitar à mera previsão textual[44].

A proteção dos direitos fundamentais no Estado de Direito é, no entender de Bobbio, a própria efetivação da democracia: "sem direitos do homem, reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos"[45].

E embora seja nítida a percepção de que cabe ao Estado como um todo assegurar a proteção de tais direitos, ressalta a professora do Largo São Francisco que é no Judiciário que tais direitos vão encontrar sua maior efetivação, pois a ele cabe, dentro dos seus limites constitucionalmente delimitados, "zelar pela atuação legislativa e executiva tendentes a dar efetiva aplicação e execução às normas constitucionais de direitos fundamentais e, na qualidade de guardião da Constituição, dar a interpretação final a tais normas"[46]. E por tal razão é que apenas um Judiciário independente pode garantir a movimentação de tal engrenagem, precipuamente estampado em um sistema de controle de constitucionalidade amplo, alcunhado de "jurisdição constitucional das liberdades"[47].

Essa articulação deve permitir, outrossim, a ampliação da participação popular na busca pela implementação dos direitos constitucionalmente assegurados, o que não pode se resumir à propagação do princípio da inafastabilidade jurisdicional, mas sim deve servir os cidadãos de instrumentos que sejam eficazes para tal pretensão.

A participação popular na tomada de decisões em sede de controle de constitucionalidade em abstrato já fora acima superficialmente mencionada, mas merece melhor atenção.

Entre nós, o artigo 7º, §2º, da Lei 9.868/99, estabelece que, em face da relevância da matéria e da representatividade dos postulantes, poderá o relator admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades, regrando a admissão dos *amici curiae* no controle concentrado. Enquanto isso, o artigo 482, §3º, do Código de

---

[44] FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A projeção da democracia participativa na jurisdição constitucional no Brasil. p. 77-79.
[45] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos.* p. 1.
[46] FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A projeção da democracia participativa na jurisdição constitucional no Brasil. p. 79.
[47] FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A projeção da democracia participativa na jurisdição constitucional no Brasil. p. 80.

Processo Civil, admite tal participação também no controle difuso, medida expandida pela previsão do artigo 847, §2º do Projeto do Novo CPC[48].

Ademais, o artigo 3º, §2º, da Lei 11.417/2006 também admite a participação nos procedimentos de edição, revisão e cancelamento de enunciado de súmula vinculante; ainda, o artigo 543-A, §6º, do Código de Processo Civil faz a mesma referência quanto à análise da repercussão geral no recurso extraordinário.

Nos Estados Unidos, a figura surgiu formalmente no julgamento do caso *Green vs. Biddle*, em 1823, na Suprema Corte. Posteriormente, o instituto se fez possível no *case Florida vs. Georgia* de 1854, em que a União se manifestou em matéria relativa à disputa entre Estados.

Claudia Paiva, em excelente monografia sobre o tema, defendida junto à Universidade Federal do Rio de Janeiro, ressalta que o primeiro caso de uma ONG atuando como *amicus curiae* se deu no caso *Ah How vs. United States* em 1904, embora seu ápice só tenha ocorrido no final dos anos quarenta e início dos cinquenta. A autora lembra que em 1946, a participação se dava em cerca de 20% dos processos perante a Suprema Corte, atingindo, em 2001, a marca de 95% de intervenção[49].

Ainda, o artigo 9º, §1º da Lei 9.868/99 permite que na necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância, ou na insuficiência das informações dos autos, o relator requisite informações adicionais, designe peritos ou comissão de peritos para oferecer parecer ou realize a oitiva de pessoas com experiência e autoridade na matéria em audiência pública.

Cumpre lembrar, ademais, que o §2º do mesmo artigo possibilita que o relator solicite informações aos Tribunais Superiores, Federais ou Estaduais sobre a aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição, permitindo, assim, um maior conhecimento sobre a interpretação que tem sido dada a tal norma.

Nessa toada, a audiência pública merece ser destacada, precipuamente por seu caráter elucidativo e pluralista, permitindo que o Tribunal conheça opiniões

---

[48] Art. 847, §2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.

[49] SILVA, Cláudia Paiva Carneiro da. *O* amicus curiae *na Suprema Corte Americana e no Supremo Tribunal Federal brasileiro*. p. 24-26

diversificadas sobre o assunto, muitas vezes escoradas em ideologias frontalmente opostas, o que, sem dúvida, conduz a uma amplitude de conhecimento.

Em nosso vizinho platino, cumpre ressaltar, a audiência pública está regulada de forma jurisprudencial, por meio da Acordata 30/2007 da Corte Suprema Argentina[50].

A previsão de institutos como acima delineados não apenas na Corte brasileira é fruto de uma preocupação nitidamente pluralista do Judiciário brasileiro, buscando nas mais diversas concepções material para a construção jurisprudencial. Conforme ressalta o Ministro Gilmar Mendes, “a Corte há de desempenhar um papel de intermediário ou de mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional”[51].

O Ministro ainda ressalta, a partir dos ensinamentos de Kelsen na conferência proferida junto à Associação dos Professores de Direito Público alemães, que a existência de uma jurisdição constitucional é a base para que se assegurem garantias de um processo legislativo escorreito e de salvaguarda, por consequência, das minorias em face da maioria, a fim de se evitar, mediante simples pleito jurisdicional, que esta se imponha absolutamente sobre aquelas[52].

A diretiva da democracia, evidentemente, não é evitar a existência de soluções antagônicas a serem oferecidas pelos participantes do combate jurisdicional, mas sim oferecer a garantia de que tais diferenças serão ouvidas e consideradas para que a solução dos conflitos seja apaziguada. Não é a máxima de Voltaire de defesa do direito de falar, mas, mais do que isso, da afirmação dos participantes de sua ideologia e do reconhecimento da opinião no considerar da decisão.

Tal ideia, aliada à ampla gama de legitimados para proporem as ações de controle concentrado, acaba se afinando com a pretensão de Kelsen de aproximar o

---

[50] FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A projeção da democracia participativa na jurisdição constitucional no Brasil. p. 88-89.

[51] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. p. 465.

[52] MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. p. 467-468. Ainda: “Garantindo a elaboração constitucional das leis, e em particular sua constitucionalidade material, ela é um meio de proteção eficaz da minoria contra os atropelos da maioria. A dominação desta só é suportável se for exercida de modo regular”. KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. p. 181.

controle da população, principalmente no intuito de proteção das minorias, sem torná-lo impossível em vista do congestionamento das funções:

> Seria muito oportuno aproximar um pouco o pedido ao tribunal constitucional de uma *actio popularis*, possibilitando que as partes de um processo judiciário ou administrativo o promovam contra os atos das autoridades públicas – sentenças ou atos administrativos – por terem sido produzidos em execução de uma norma irregular, de uma lei inconstitucional ou de um regulamento ilegal, apesar de serem sem dúvida imediatamente regulares. Tratar-se-ia então, não de uma pretensão diretamente aberta aos cidadãos, mas de um meio de fato, indireto, de provocar a intervenção do tribunal constitucional, pois suporia que a autoridade judiciária ou administrativa chamada a tomar uma decisão compartilhasse o ponto de vista da parte e apresentasse, em consequência disso, o pedido de anulação[53].

O apelo e a capacidade de emancipação oriundos do discurso de garantia dos direitos constitucionais apesar de muito advogarem em prol da necessidade de instrumentos que permitam a realização dessas conquistas, de nada servem sem a existência das mesmas. Assim, então, o discurso constitucional, ao prever a si mesmo e aos instrumentos para tornar possível a materialização do direito, simplesmente porque essa é a vontade popular estampada, na linha de uma norma hipotética, por meio do poder constituinte originário, acaba refém da lógica do sistema para possuir efetividade.

É nessa hora que entra em campo a própria previsão de uma Corte constitucional e de um Judiciário independente, evidentemente, limitados pelo próprio texto, para, fora do âmbito material da Constituição, mas a ela institucionalmente vinculados, afirmar o que, como e onde o direito previsto na Carta Maior deve ser realidade. E, para tanto, o instrumento é, sem dúvida, o controle de constitucionalidade, de caráter procedimental, para viabilizar na prática aquilo que antes ganhou contornos teóricos.

A partir daí, novamente se retoma a ideia de que o controle de constitucionalidade deve estar eivado de uma metodologia que aproxime a sociedade do seu exercício, como acima dissemos, para que, assim, no fundo, seja o próprio povo moldando o poder conforme sua voz – para maioria e minorias -, valendo-se das funções do Estado para intermediar a pretensão de concretizar a Constituição.

---

[53] KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. p. 175.

3. A FUNÇÃO DEMOCRÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A expressão é do ilustre constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho, para quem os direitos fundamentais constituem elemento básico para a realização da democracia.

De acordo com o jurista, o exercício democrático do poder:

> (1) significa a contribuição de *todos* os cidadãos (arts. 48º e 109º) para o seu exercício (princípio-direito da igualdade e da participação política); (2) implica participação *livre* assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por ex., direitos constitutivos do próprio princípio democrático); (3) coenvolve a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, econômicos e culturais, constitutivos de uma democracia económica, social e cultural (art. 2º)[54].

Melhor explicando, a igualdade de participação (*one man, one vote*), entre nós consubstanciada não apenas no *caput* do artigo 5º, mas especificamente no *caput* do artigo 14 ("com valor igual para todos"), associa-se aos direitos subjetivos de *participação* e *associação*, que exercem funções em prol da democracia (*v.g.*, artigos 1º, parágrafo único, 5º,XVI a XXI, 8º e 17).

Quanto ao aspecto da liberdade, os direitos fundamentais atuam contra o exercício antidemocrático do poder, trazendo regras do jogo que visam garantir a boa *organização* e o bom deslinde do *processo* democrático (por exemplo, artigos 5º, IV, 16, 45 e 46).

Por derradeiro, em relação aos direitos sociais, econômicos e culturais, de caráter prestacional, "os direitos fundamentais constituem dimensões impositivas para o *preenchimento intrínseco*, através do legislador democrático, desses direitos"[55]. O constitucionalista exemplifica com o artigo 2º da Constituição da República Portuguesa, *in verbis*:

> A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e

---

[54] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 290.
[55] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 291.

interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.

Entre nós, poderíamos mencionar o artigo 1º, *caput*, I, V e parágrafo único, 3º, IV, 5º, §1º e 170, como exemplos da busca de se conferir substancialidade aos direitos prestacionais e de se remodelar as bases estruturais parajurídicas em direção às pretensões constitucionais.

É evidente que no Estado de Direito a perquirição e a defesa dos direitos fundamentais é valor constante. A flexibilização do princípio liberal da legalidade e a submissão da lei às normas constitucionais, com especial atenção à eficácia dos direitos que devem ser tutelados, passam a ser foco do estudo político e jurídico, que perderiam sua razão de existir afastados de tais premissas.

Dessa forma, o estudo dos direitos fundamentais não pode perder de vista os direitos positivados, protegidos pela Constituição de um determinado Estado[56]. Mas os direitos fundamentais – por sua própria natureza - não podem ser limitados no aspecto formal, como os expressos no texto legislativo, e devem incluir todas as conquistas materiais da democracia, ainda que não sejam textos da Constituição, muito embora, para Alexy, "toda aseveración acerca de la existencia de un derecho fundamental presupone la vigencia de la correspondiente norma de derecho fundamental"[57].

Na esteira da questão lançada, Vieira de Andrade lembra que os direitos fundamentais devem ser pensados precipuamente a partir de seu aspecto objetivo, isto é, "do ponto de vista da comunidade, como *valores* ou *fins* que esta se propõe prosseguir"[58] – dimensão *valorativa ou funcional* e *estrutural*.

---

[56] Nesse sentido também se posiciona Jorge Miranda. Vale a citação: "Que a ordem jurídica não seja ou não deva ser apenas a dos preceitos positivos, não se discute; mas tem de ser sempre através de normas ou princípios positivos, ainda que de Direito natural positivado – como são tantas das Constituições e da Declaração Universal – que tais direitos têm de ser captados e estudados". MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. t.IV. p.50.

[57] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. p.48. No vernáculo: "toda asseveração acerca da existência de um direito fundamental pressupõe a vigência da correspondente norma de direito fundamental".

[58] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* p.145. Essa perspectiva relativiza a observação de Canotilho: "O processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, o homem, como centro da titularidade de direitos". *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p.390.

Idp MESTRADO

Sobre o aspecto objetivo, indica o autor supracitado que o essencial é o valor da *solidariedade*. De tal forma que os indivíduos consideram-se reciprocamente responsáveis pela dimensão social de forma a regular a prestação do direito fundamental, relativizando-os e limitando-os mutuamente. Por estar preocupada com o reconhecimento da validade jurídica dos direitos fundamentais por parte da comunidade, é que essa dimensão demonstra a sua carga *valorativa*[59].

A carga *estrutural*, por sua vez, trata de conferir força ao elemento subjetivo, estabelecendo o dever ao Estado de proteger os direitos fundamentais "mediante prestações normativas (normas) e fáticas (ações concretas)"[60]. Por essa razão, ressalta Vieira de Andrade que esse segundo aspecto da dimensão objetiva engloba parte da dimensão subjetiva, "pois que também as faculdades que constituem as posições jurídicas subjectivas resultam das normas"[61].

Daí decorre que os direitos fundamentais se prestam a satisfazer certos anseios de caráter democrático da população: celebram a maioria, sem olvidar as minorias. De tal modo que a jurisdicionalidade que leva a efeito as questões fundamentais, ao mesmo tempo está enaltecendo a própria democracia.

Os direitos dito fundamentais são frutos dos desejos humanos, mediados pelos representantes constituintes, e mesmo que filtrados pelas elites, dada a necessidade de serem garantidos, exprimem anseios da comunidade. O mercado político exige das elites o atendimento de certas questões primordiais da população, sob pena de não auferir o apoio político necessário para galgar ao poder.

Assim, ao se efetivar um direito fundamental, no fundo, busca-se consagrar a democracia, impressa nas pretensões que tornaram ou tornam uma certa questão fundamental para aquela comunidade num dado tempo.

À GUISA DE CONCLUSÃO

O constitucionalismo moderno trouxe o peso aos Tribunais para decidirem acerca da constitucionalidade das normas. E as Constituições modernas tiveram a

---

[59] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. p.146-147.
[60] MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. v.1. p.69.
[61] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* p.161.

perspicácia de elencar o Estado Democrático como fundamental para a sobrevivência da sociedade. Nesse jogo, a democracia se viu lançada a um princípio base do Estado Constitucional. O controle a partir dela se tornou inevitável.

A sensibilidade se aguça ao se colocar, como ocorre com a textura normativa das Constituição modernas, diante de um princípio extremamente aberto e amplo, como a democracia. A democracia pode ser, por exemplo, a base processual e ao mesmo tempo a finalidade material. Como assevera a professora Monica Caggiano, "o alargamento do campo de ação do Poder Judiciário decorreu da preocupação com o futuro democrático"[62].

O que preocupa os juristas é exatamente a flexibilidade que marca a interpretação de princípios tão abertos. Afinal de contas, como proteger as regras constitucionais a partir de uma interpretação ampla da Constituição? Estaria o instrumento democrático ao sabor pura e simplesmente da composição da Corte?[63]

Não se afirme, por evidente, que a atividade prática da Corte Constitucional derive apenas da falha da instância política, mas é um fato que não deve ser desprezado. Como ressalta Leonardo Martins, o Tribunal Constitucional Federal alemão, pronunciando-se sobre quase todas as questões polêmicas de hermenêutica, mostrou-se muito mais ativo quando os demais Poderes fugiram ao debate, "transferindo questões políticas incômodas ao crive do controle de constitucionalidade, antes mesmo de haver aperfeiçoado o momento eminentemente político da conformação legislativa"[64].

De qualquer forma, parece que a postura mais agressiva do Judiciário é fato contemporâneo que decorre de uma soma de fatores, a partir não apenas do aspecto político – como no caso do Legislativo preferir não enfrentar certos temas polêmicos, como ocorreu com o aborto de anencéfalos no Brasil -, mas também do

---

[62] CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Democracia x constitucionalismo.* p. 18.

[63] "É fato que os 'mortos' não devem governar os 'vivos'; mas disso **não decorre a exigência de demolição da ideia de rigidez constitucional.** A própria previsão de reforma da Constituição – quer por via revisional, quer por via de emenda – atende razoavelmente à necessidade de adaptar as Constituições à realidade fática. E mais que isto, rompida a estabilidade constitucional e o núcleo duro do postulado do Estado de Direito, qual seria a estrutura jurídica, sólida o suficiente para garantir e preservar a democracia? A fragilidade e a expansividade dos processos de interpretação constitucional já demonstraram flagrante fracasso quando do aniquilamento da democrática Constituição de Weimar, abrindo as portas para o nazismo. **A segurança jurídica e a democracia ainda se encontram na dependência do velho constitucionalismo**". CAGGIANO Monica Herman Salem. *Democracia x constitucionalismo.* p.20.

[64] MARTINS, Leonardo. *Direito processual constitucional alemão*. p. 5.

aspecto jurídico que envolve o controle de constitucionalidade e a força cada vez mais focada que se visualiza na Constituição.

O enaltecimento das normas constitucionais e a transformação do direito constitucional em centro das atenções do ordenamento jurídico do Estado, de forma que hodiernamente se fale constantemente em constitucionalização do direito civil, do direito processual etc, carreou toda a discussão para uma comparação de conformidade com o texto constitucional[65].

Nesse entrevero, a democracia se rendeu ao charme do constitucionalismo e os Tribunais tiveram a agudeza de introduzir em suas discussões os direitos que diziam respeito, direta ou indiretamente, à efetivação da democracia, sobretudo aqueles pertinentes à seara eleitoral.

Como ressalta com particular destreza o mestre Canotilho, a "Constituição, ao consagrar o princípio democrático, não se 'decidiu' por uma teoria em abstracto (...) Procurou uma ordenação normativa para um país e para uma *realidade histórica*"[66].

Continua o professor de Coimbra:

> É com base na articulação das "bondades materiais" e das "bondades procedimentais" que a Constituição respondeu aos desafios da legitimidade-legitimação ao conformar normativamente o princípio democrático como *forma de vida*, como *forma de racionalização do processo político* e como *forma de legitimação do poder*. O princípio democrático, constitucionalmente consagrado, é mais do que um *método* ou *técnica* de os governantes escolherem os governados, pois, como princípios normativos, considerando nos seus vários aspectos políticos, económicos, sociais e culturais, ele aspira a tornar-se *impulso dirigente* de uma sociedade[67].

Pouco a pouco, a democracia invadiu os espaços antes reservado aos Poderes mais claramente políticos e as decisões construídas pelas motivações jurídicas contornaram os aspectos políticos da teoria democrática, conferindo, no

---

[65] Conforme ressalta Leonardo Martins ao tratar do direito alemão: "O problema da constitucionalização é um problema típico do sistema concentrado alemão. Trata-se de um fenômeno de desaparecimento gradual da fronteira entre o direito constitucional e o resto do ordenamento jurídico, sobretudo do direito privado. Foram os esforços pela otimização da vigência das normas constitucionais, principalmente as normas que garantem os direitos fundamentais, que o criaram". MARTINS, Leonardo. *Direito processual constitucional alemão*. p. 77.

[66] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 287.

[67] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 288.

âmago de cada cidadão, novos desenhos para o Estado Constitucional[68]. É sempre pertinente lembrar que a democracia deve ser vista como um processo dinâmico, a ser construído por toda sociedade e insuscetível de solução de continuidade por ideologias perversas, salvo sob o modo revolucionário.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

________. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

________. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales. 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Democracia x constitucionalismo*: um navio à deriva? Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho, v.1, p-5-23, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2007.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. A projeção da democracia participativa na jurisdição constitucional no Brasil: as audiências públicas e sua adoção no modelo concentrado de constitucionalidade. In: HORBACH, C. B.; ALMEIDA, F. D. M. de; AMARAL JÚNIOR, J. L. M. do; LEAL, R. S. (Org.). *Direito constitucional, Estado de Direito e democracia*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 75-120.

---

[68] “Da mesma forma que o princípio do estado de direito, também o princípio democrático é um princípio jurídico-constitucional com dimensões materiais e dimensões organizativo-procedimentais”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. p. 287

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia no limiar do século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2001.

________. *Estado de Direito e Constituição*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a constituição que teremos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v.1: Teoria geral do processo.

MARTINS, Leonardo. *Direito Processual Constitucional Alemão*. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito e seu desenvolvimento jurisprudencial pelas Cortes Constitucionais: breves considerações. *Observatório da Jurisdição constitucional*. Brasília: IDP, ano 4, 2010/2011.

________. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

________; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. t.IV.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Cláudia Paiva Carneiro da. *O* amicus curiae *na Suprema Corte Americana e no Supremo Tribunal Federal Brasileiro*: um estudo de direito comparado. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

VIOLA, Francesco. *La democracia deliberativa entre constitucionalismo y multiculturalismo*. México: Universidad Nacional Autônoma de México, 2006.

AS RELAÇÕES ENTRE O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO E O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Lenio Luiz Streck[69]

UNISINOS – RS.

RESUMO: Os desvios institucionais praticados pelo Poder Judiciário – entendidos aqui como a prática de ativismo judicial – têm relação direta com o tipo de presidencialismo existente no Brasil. Nesse sentido, a formação de uma juristocracia não pode ser analisada como uma consequência exclusiva da vontade de poder manifestada pelos juízes, mas, ao mesmo tempo, deve-se levar em consideração a intrincada relação interinstitucional entre os três Poderes. Desse modo, se o Poder Judiciário passa a ocupar um papel institucional de maior destaque frente aos demais Poderes, consequentemente a necessidade de limites à decisão judicial passa a tomar um maior espaço nas discussões públicas.

Palavras chaves: Presidencialismo de coalizão. Ativismo Judicial. Crítica Hermenêutica ao Direito.

ABSTRACT: Institutional deviations practiced by the judiciary - understood here as the practice of judicial activism - are directly related to the type of existing presidentialism in Brazil. In this sense, the formation of a juristocracia can not be analyzed as an exclusive consequence of the will to power manifested by the judges, but at the same time, one should take into account the intricate institutional relationship between the three branches. Thus, if the judiciary took an institutional greater role compared to other powers, hence the need for limits on the judicial decision shall take a larger space in the public discussions.

Keywords: Coalition presidentialism. Judicial activism. Critical Hermeneutics to the law.

---

[69] Ex-Procurador de Justiça-RS; Doutor em Direito (UFSC); Pós-Doutor em Direito (FDUL). Membro catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Professor Titular da Unisinos e Unesa. Professor Visitante da Universidade Javeriana de Bogotá, Coimbra e Lisboa (PT).

1. INTRODUÇÃO.

A República brasileira, desde seu nascedouro, fez a aposta no presidencialismo. Interessante notar que o passar dos anos – talvez com toda a tradição das mazelas da República Velha – esse presidencialismo foi se transformando naquilo que vem se denominando de "presidencialismo de coalização".

Paralelamente, os desvios institucionais praticados pelo Poder Judiciário – entendidos aqui como a prática de ativismo judicial - têm relação direta com o tipo de presidencialismo existente no Brasil. As constantes dificuldades encontradas pelo governo, para constituir uma maioria parlamentar no Congresso Nacional, reforçam a instabilidade política no país e fazem com que o mau funcionamento dos Poderes Executivo e Legislativo acabe desaguando no Judiciário. As mesmas coalizões, que atuam no âmbito do governo, também procuram concretizar suas reivindicações por meio do Judiciário, não se preocupando muito com o fundamento jurídico das decisões. Não importa que o argumento seja de política, o fundamental é sempre ter uma decisão favorável.

Com isso, o problema da legitimidade da atuação do Poder Judiciário sempre fica para outro momento. Nesse sentido, a formação de uma juristocracia não pode ser analisada como uma consequência exclusiva da vontade de poder manifestada pelos juízes, mas, ao mesmo tempo, deve-se levar em consideração a intrincada relação interinstitucional entre os três Poderes. Em síntese, todas essas questões apontam para um acentuado protagonismo do Poder Judiciário no contexto político atual.

Nos termos propostos Ran Hirschl (*Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitucionalism*), esses exemplos são demonstrativos de que nosso grau de judicialização atingiu a mega política (ou, a política pura, como o autor gosta de mencionar). Por certo que este fenômeno não é uma exclusividade brasileira. Há certa expansão do Poder Judiciário a acontecer, em maior ou menor grau, em um cenário mundial. O próprio Hirschl apresenta situações nas quais as decisões, tradicionalmente tomadas pelos meios políticos, acabaram judicializadas, como no caso da eleição norte-americana envolvendo George W. Bush e Al Gore; a

decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre o papel da Alemanha na Comunidade Europeia, e o caráter federativo do Canadá.

Na verdade, a intensidade da judicialização da política (ou de outras dimensões das relações sociais) é a contradição secundária do problema. A grande questão não é o "quanto de judicialização", mas "como as questões judicializadas" devem ser decididas. Este é o tipo de controle que deve ser exercido. A Constituição é o alfa e o ômega da ordem jurídica. Ela oferece os marcos que devem pautar as decisões da comunidade política. Uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é ao Judiciário que cabe sua guarda.

Desse modo, se o Poder Judiciário passa a ocupar um papel institucional de maior destaque frente aos demais Poderes, consequentemente a necessidade de limites à decisão judicial passa a tomar um maior espaço nas discussões públicas. Certamente esse tema é uma questão muito cara ao regime democrático, pois a ausência de controle do poder pode levar ao autoritarismo. Por esse motivo, refletir sobre a necessidade de uma teoria da decisão é, antes de tudo, uma preocupação com o próprio Estado Democrático de Direito.

2. A JURISTOCRACIA E O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO.

O primeiro sistema de controle de constitucionalidade que o Brasil incorporou foi o dos Estados Unidos, após a proclamação da República. Não é preciso destacar os problemas decorrentes da introdução de um sistema atravessado pela carga genética da tradição do common law (em que há o stare decisis) por um sistema de tradição romano-canônico que recém havia saído de um regime de mais de 70 anos (Império) sem controle jurisdicional, já que na Constituição de 1824 o Brasil se aproximou principalmente do constitucionalismo forjado nas lutas políticas da Europa continental, que, nos séculos XVIII e XIX, buscava a limitação do poder dos monarcas por meio da volonté générale formada no Parlamento. No entanto, diferentemente dos europeus, o constitucionalismo em *terrae brasilis* começou apenas *pro forma*, com um imperador governando de maneira extremamente arbitrária, um Poder Judiciário subserviente e um Parlamento enfraquecido frente às investidas autoritárias do Poder Central. Desse modo,

durante o Império, as deficiências do Parlamento e a ausência de um controle jurisdicional de constitucionalidade acabaram favorecendo a consolidação de um regime político despótico, controlado pelo estamento burocrático e comandado – ao invés de ser governado constitucionalmente – pelo imperador.

Com a proclamação da República, poucas coisas foram modificadas em *terrae brasilis*. O Imperador saiu de cena e em seu lugar surgiu o regime presidencialista, numa imitação mal feita do sistema construído pelos Estados Unidos no século XVIII. Ao mesmo tempo, dando continuidade a maneira incoerente de incorporar as inovações do constitucionalismo estadunidense, o Brasil criou o Supremo Tribunal Federal – STF – e o controle difuso de constitucionalidade, colocando os velhos ministros do *ancien régime*, membros do antigo Supremo Tribunal de Justiça do Império, para operar as inovações constitucionais que desconheciam completamente. E foi assim que o estamento deu início a jurisdição constitucional no Brasil, deixando-a sempre enfraquecida frente às pressões exercidas pelos donos do poder (Faoro).

Mas, o que tem a ver o sistema de controle de constitucionalidade com o sistema de governo presidencialista? Tudo, porque o original americano foi forjado a partir da ideia de a Supreme Court ser um Tribunal da federação, circunstância que levou Rui Barbosa a pensar em uma democracia juridicista no Brasil.

Ou seja, ao menos nos EUA, o judicial review tem essa relação com o sistema de governo. Aliás, não estou sozinho nisso. O sofisticado constitucionalista norte-americano Bruce Ackerman tem um livro, que se chama The failure of the fouding fathers: Jefferson, Marshall and the rise of presidential democracy (Harvard, 2005), em que ele defende a tese de que o surgimento do Judicial Review, nos EUA, está intimamente ligado ao Presidencialismo plebiscitário, à bagunça do bipartidarismo e do processo eleitoral estadunidense.

Nesse sentido, o sistema de governo presidencialista é responsável pelo tipo de partidos e estilo de "acordos" para a governabilidade que reina no Brasil desde a República Velha. É difícil dizer até que ponto o STF desempenhou bem ou pode desempenhar bem a tarefa de tribunal da federação. Basta pensar nos julgador sobre o Estado de Sítio (entretanto, os julgamentos mais importantes são exatamente antes do acordo Campos Sales e da Política dos Governadores).

Interessante e intrigante, pois não? Não se pode olvidar que os juízes (Conselheiros) remanescentes do Império somente deixaram de "pegar no pé" dos Presidentes em face da Política dos Governadores e, fundamentalmente, na ausência de um efetivo controle de constitucionalidade sobre as intervenções federais.

A recente redemocratização e a ampliação do número de partidos políticos colocaram, talvez, um pouco mais de complexidade nessa situação. Com efeito, ainda em 1987, o cientista político Sérgio Abranches, no momento em que o debate constituinte tinha como pauta o problema do pluralismo partidário, cunhou o termo que hoje faz moda nas discussões envolvendo a relação interinstitucional entre o Legislativo e o Executivo: o presidencialismo de coalizão. Sim, o presidencialismo brasileiro é de coalizão. E nesse aspecto não importa a ideologia, pois a maioria dos partidos fazem política de maneira pragmática, instrumentalizando a Constituição e desrespeitando a República.

Desse modo, é necessário perceber a relação do presidencialismo e do parlamentarismo com o "problema da jurisdição constitucional". Nos regimes parlamentares houve a magnífica invenção dos Tribunais Constitucionais. Como regra geral, o governo é formado por maioria parlamentar, não há tensão entre a "vontade do Presidente" e a "vontade do parlamento".

Ao contrário do presidencialismo brasileiro, não há "duas vontades gerais em conflito" no parlamentarismo. Consequência: no parlamentarismo, as tensões sobre direito, especialmente à questão central – a constitucionalidade das leis – são resolvidas por um Tribunal que está fora do âmbito dos três poderes tradicionais. O Tribunal Constitucional é um tribunal ad hoc. Ele é composto e engendrado pelo parlamento. O Poder Judiciário não assume protagonismo, porque o Tribunal Constitucional não é do Poder Judiciário.

No Brasil o Presidente é eleito com 50% mais um; o Parlamento tem "vontade geral" que, para apoiar o governo, negocia para formar a maioria. E, mesmo assim, há tensões. Constantes. Legislativo versus Executivo. Para onde vai esse tensionamento? Para o Poder Judiciário, mais especificamente, o Supremo Tribunal Federal. Assim, mais tensões, mais demandas ao STF; mais forte este fica. Inércia do Executivo? Demandas que vão ao Judiciário lato sensu, que, assim, fica mais forte. Inércia do Legislativo? Idem. E o Judiciário se fortalece dia a dia.

3. OS EFEITOS DO PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO SOBRE O STF.

Do mesmo modo como o Presidencialismo brasileiro é de coalizão, enredado em atendimentos de pleitos políticos *ad hoc*, circunstância que causa enormes problemas para a assim denominada "governabilidade", também o Supremo Tribunal Federal acaba ingressando perigosamente nesse terreno de (atendimento a) demandas de grupos. E também – e isso precisa ser dito – demandas provenientes da falta de resolução dos problemas das liberdades públicas no plano dos demais tribunais do país. Eles falham e tudo acaba no STF. Ele cresce. Mas sofre. E sangra na legitimidade.

Vou tentar explicar isso melhor: assim como a Presidência da República tem de atender aos pleitos dos partidos, o STF, durante esses mais de vinte anos, acabou por engendrar uma espécie de "julgamentos políticos". Assim,

- o "partido" das nações indígenas foi até o STF e teve suas demandas atendidas;

- o "partido" das cotas queria legitimar as cotas, e deu certo;

- o "partido" das uniões homoafetivas" queria que o STF dissesse que união estável era equiparável a casamento, e obteve êxito;

- o "partido" das causas feministas, entre outras coisas, buscou retirar da mulher vitimada por maus tratos a titularidade da representação, e igualmente se saiu bem;

- o "partido" das questões ligadas aos embriões e células tronco, idem;

- o "partido" dos governadores (questões envolvendo guerra fiscal etc.) bateu às portas do STF uma infinidade de vezes;

- o "partido" das reivindicações de prestação de saúde via judicialização também alcançou seu desiderato;

- o "partido" da moralização das eleições foi pressionar para que o STF considerasse constitucional a Lei da Ficha Limpa;

- até mesmo o "partido" do parlamento saiu-se bem, pois, mesmo sem obedecer à Constituição, conseguiu validar quase 500 medidas provisórias graças a

uma modulação de efeitos concedida pelo STF. Aí é que está o problema. Julgamentos não devem ser teleológicos. Explico, na sequência, o porquê disso.

Em boa parcela desses pleitos, julgados por intermédio de ADIns, ADPFs e HCs, a resposta do STF foi invasiva, por vezes ingressando nas competências dos demais poderes (não importa, aqui, se esses "demais poderes" "mereceram" essa invasão ou não, em face de suas inércias). Aliás, isso pode não ser de todo um mal. Talvez o grande problema esteja na distinção entre judicialização e ativismo. A primeira acontece porque decorre de (in)competências de poderes e instituições, abrindo caminho-espaço para demandas das mais variadas junto ao Judiciário; a segunda é, digamos assim, behavorista, dependendo da visão individual de cada julgador. A judicialização pode ser inexorável; o ativismo não. O ativismo não faz bem à democracia.

Nesse sentido, é de se perguntar: qual o argumento de princípio que sustenta a decisão exarada pelo Pretório Excelso no julgamento da ADI 4029/DF que julgava a constitucionalidade da lei 11.516/2007 resultante da conversão da medida provisória n. 366/2007 que criou o "Instituto Chico Mendes"? Na ocasião, o STF reconheceu que a medida não havia cumprido o que determina o § 9º do art. 62 da CF (submissão a uma comissão mista de deputados e senadores para avaliar o cumprimento dos requisitos da urgência e relevância).

Na mesma ocasião, verificou-se, ainda, que muitas outras medidas provisórias (estima-se que mais de 400) haviam sido convertidas em lei, sem que o § 9º do art. 62 tivesse sido observado no decorrer do processo legislativo. Logo, haveria aqui uma enxurrada de leis que tiveram origem pelo procedimento de conversão de medidas provisórias, vigendo entre nós em regime de flagrante inconstitucionalidade formal.

A decisão do Supremo Tribunal, apesar de reconhecer a inconstitucionalidade da lei 11.516/2007, operou uma modulação de efeitos *pro futuro*, para que os efeitos da pronúncia de nulidade viessem a ocorrer depois de 24 (vinte e quatro) meses...! A decisão atingiu, ainda, outras tantas leis que tiveram o mesmo vício de procedimento que acometia a lei do instituto Chico Mendes.

Nos termos do voto do Min. Relator Luiz Fux: "No que atine à não emissão de parecer pela Comissão Mista parlamentar, seria temerário admitir que

todas as Leis que derivaram de conversão de Medida Provisória e não observaram o disposto no art. 62, § 9º, da Carta Magna, desde a edição da Emenda nº 32 de 2001, devem ser expurgadas *ex tunc* do ordenamento jurídico. É inimaginável a quantidade de relações jurídicas que foram e ainda são reguladas por esses diplomas, e que seriam abaladas caso o Judiciário aplique, friamente, a regra da nulidade retroativa".

Vê-se que, neste caso, o Judiciário decidiu segundo padrões estritamente políticos, a partir de argumentos utilitaristas/consequencialistas. No limite, é possível dizer que a discricionariedade judicial chegou a tal magnitude que, para todos os efeitos, foi suspensa a vigência do § 9º do art. 62 (estado de exceção?), na medida em que medidas provisórias convertidas em lei sem sua efetiva observância foram convalidadas pelo referido Acórdão, caso em que a Corte se transformou em uma espécie de poder constituinte derivado de fato, alterando formalmente o texto constitucional. Alguém dirá: e querias que o STF fizesse o quê? A resposta é simples: as decisões do STF valem também por seu aspecto simbólico, às vezes mais do que real... O que quero dizer é que os efeitos colaterais desse tipo de decisão podem ser perniciosos à democracia, coisa que, no mínimo, deveria ter sido frisada, com letras garrafais, nos votos dos Ministros. Há casos em que a discussão envolve questões de princípios – reconhecimento de direitos –, só que os fundamentos lançados pelos Ministros em seus votos apontam para o fato de que a decisão foi pautada em argumentos de política e não de princípios. Veja-se o caso da ADI 4424/DF, que questionava dispositivos da chamada "Lei Maria da Penha". No caso, o STF alterou – via interpretação conforme a Constituição (na verdade, o correto teria sido utilizar a *Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung,* ou seja, uma nulidade parcial sem redução de texto) – a ação penal do crime de lesão corporal tutelado pela lei, estabelecendo que, nos casos em que o crime for cometido no âmbito da violência doméstica, a ação penal seria pública incondicionada (e não condicionada à representação, como se previa anteriormente).

Nesse caso, não estou preocupado – para efeitos destas reflexões – com o mérito do julgamento (se existia ou não argumentos de princípio a sustentar essa sentença interpretativa da Corte). Preocupa-me, sobremodo, o fato de que, em inúmeros votos, os ministros mencionaram o fato de que as estatísticas sobre a

violência domestica são "alarmantes", estando a necessitar de um meio mais rigoroso de persecução criminal. Pergunto: manejar estatísticas e planejar ações futuras não seria tarefa pertencente ao âmbito da política legislativa? Seria esse um argumento jurídico suficiente para adicionar um sentido à lei?

Também no emblemático julgamento da ADI 3510/DF – no interior do qual o atual presidente do Tribunal, Min. Carlos Ayres Britto, chegou a afirmar que o STF teria se tornado uma "casa de fazer destinos" – os mais diversos votos enveredaram para a discussão de questões que são alheias à atividade de concretização de direitos que a função contramajoritária da Corte Constitucional comporta. No caso, o próprio voto do Ministro relator já citado acima, questiona – numa perspectiva ontológica clássica até – o que é a vida, ou seja, uma espécie de reificação do conceito de vida. Anota-se que, nos termos da CF, os juristas e o Judiciário podem divergir sobre o direito a vida, seu exercício, sua plenitude etc.

Entretanto, parece-me exagerado deixar a uma Corte – composta por 11 ministros – a definição do que seja a vida. Esse tipo de discussão envolve vários atores sociais, de várias especialidades que não podem ser submetidas ao estrito espaço do Poder Judiciário. De se perguntar: se a decisão incorporasse no dispositivo uma definição de vida, esta faria coisa julgada? Estaria a comunidade científica vinculada à definição determinada pelo Judiciário? E poderia, aqui, ainda, apresentar um elenco considerável de questões de política decididas pelo STF.

O STF não tem culpa de essas questões a ele serem submetidas. Isso é óbvio. O problema é que não conseguimos, ainda, fazer um diagnóstico acerca das razões pelas quais isso vem sendo assim. De certo modo, o STF acaba tendo que atender às demandas de vários segmentos, como que a institucionalizar uma espécie de "coalizão político-judiciária", repetindo, no mínimo como metáfora, o modelo de presidencialismo de coalizão do Poder Executivo. Veja-se, como já referido, os diversos grupos que leva(ra)m as suas reivindicações ao Tribunal Maior – demarcação de terras indígenas, a questão das cotas, a questão do aborto, as questões homoafetivas, embriões, demandas coletivas de saúde etc. Suas "reivindicações" foram atendidas pelo Judiciário (e não pelo Executivo ou o Legislativo).

Em um conto, Jorge Luis Borges fala de uma obra na qual todos os desenlaces acontecem; cada um é o ponto de partida de outras bifurcações. De vez

em quando, as veredas desse labirinto convergem. Num dos passados possíveis, o senhor é meu amigo; noutro, meu inimigo... Ao atender reivindicações ou demandas populo-sociais, por vezes a Suprema Corte deixa de julgar por princípios e passa a julgar por políticas. E isso parece problemático.

Julgamentos por política, no fundo, representam aquilo que hoje vem sendo chamado de consequencialismo: nele o Judiciário não leva os direitos a sério no sentido de seriously right como fala Dworkin; ao contrário, por vezes nega direitos a pretexto de que a sua efetiva concretização traria maior prejuízo econômico, ou não contribuiria para o bem-estar geral etc. Num sentido mais prosaico, seriam também políticas as decisões tomadas com base em uma pseudo vontade da maioria, clamor popular ou até mesmo – e no limite – interesse partidário. Claro que, aqui, é necessário um certo cuidado, porque na discussão com Richard Posner, Dworkin até afirma ser consequencialista.

Mas haveria uma contradição, aqui? Na verdade, ele é "consequencialista" não no sentido de Posner (Análise Econômica do Direito). Mas o é no sentido de que o juiz é responsável politicamente pelo que faz com os princípios que constituem internamente uma comunidade democrática. Ou seja, se o juiz decide de um modo, ele está onerado em suportar as consequências desta decisão (e de seus fundamentos) para os próximos casos. Para que fique bem claro as diferenças entre "consequencialismo de Posner" e "o de Dworkin", cabe bem dizer que minha crítica ao pamprincipiologismo é um argumento "consequencialista", na linha do que afirma Dworkin.

É evidente que em um sentido mais geral o direito possui uma justificação política. Em Dworkin isso aparece na construção do que ele nomeia de "responsabilidade política dos juízes". Segundo o jusfilósofo estadunidense, a responsabilidade política dos juízes implica decisões assentada em argumentos de princípios. Ou seja, a responsabilidade política dos juízes é decidir de modo a reconhecer direitos, e não a criá-los a partir de argumentos subjetivos ou políticos no sentido retratado acima (o tipo de decisão que articula, concomitantemente, argumentos de princípio e argumentos de política, são as decisões legislativas). E isso é um modo de controle: a Teoria da Decisão Judicial é um modo de controlar o exercício da jurisdição (ou, se quisermos, o poder dos juízes), afirmando que eles possuem um ônus democrático.

Direito não é moral. Direito não é sociologia. Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões e ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador. Ou seja, ele possui, sim, elementos (fortes) decorrentes de análises sociológicas, morais etc. Só que estas, depois que o direito está posto – nesta nova perspectiva (paradigma do EDD) – não podem vir a corrigi-lo.

É verdade que o direito presta legitimidade à política, compreendida como poder administrativo, sendo que a política lhe garante coercitividade. Concebendo a política como comunidade (Polity), o direito faz parte dela. Compreendida como exercício da política (politics), há uma coimplicação entre eles na constituição do político. Como ponto de vista partidário, o direito tem o papel de limitar a política em prol dos direitos das minorias, definindo o limite das decisões contramajoritárias. O direito é essencialmente político se o considerarmos como um empreendimento público. Daí politica ou político, no sentido daquilo que é da polis, é sinônimo de público, de res publica.

4. AS RAZÕES PELAS QUAIS O CONTROLE POLÍTICO NÃO PODE SER REMÉDIO PARA O PROBLEMA DA JURISTOCRACIA.

O grande orador romano, Cícero, cunhou o emprego de uma expressão que, por muito tempo, representou o *topos* determinante da relação dos seres humanos com o seu passado: "*historia magistra vitae"* (A história é a mestre/professora da vida). Baseado em modelos helenísticos, ele afirmava que o orador é capaz de produzir um sentido de imortalidade para a história, articulando-a como instrução para a vida, mostrando para o seu auditório, a partir de uma coleção de exemplos vivenciados no passado, como é possível aprender com a experiência histórica.

Trata-se, aqui, de perceber certo sentido pedagógico para a história; um sentido prático, efetivo, baseado na ideia de que é possível se instruir por meio dela. Em uma rápida síntese, poderíamos reduzir o conteúdo dessa afirmação em torno

da intuição elementar de que os acertos do passado devem ser repetidos; os erros, evitados.

Isso porque, um fato recente – a assombrar o direito constitucional brasileiro – pode nos colocar diante de uma situação em que teremos de saber se vamos adiante, com algum grau de acerto ou se, em contrapartida, iremos retroceder para o tempo do Estado de Polícia *(Polizeistaat*).

Refiro-me à PEC nº 03/2011, aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Nos termos do projeto, quer-se dar nova redação ao inciso V do art. 49 da CF que define as competências do Congresso Nacional. A alteração modificaria a competência atribuída ao Congresso de sustar atos normativos do Poder Executivo que extrapolem sua competência regulamentar ou os limites da delegação legislativa. O novo texto substituiria a expressão "Poder Executivo" por "Outros Poderes", deferindo ao Legislativo a possibilidade de sustar atos decisórios do Poder Judiciário que adentrem na seara da inovação legislativa "criando" (*sic*) uma regra jurídica nova.

Efetivamente, nada é gratuito. Não é difícil perceber que esse sucesso inicial da referida PEC na CCJ da Câmara representa um sintoma da patologia que vem se alastrando no Judiciário brasileiro. Sintomas, à evidência, do "estado de natureza interpretativo" que se estabeleceu no Judiciário de *terrae brasilis*, onde cada um decide como quer, inventam-se princípios, aplicam-se teses sem contexto, além da "escolha" que Tribunais fazem acerca de "cumprir a lei ou não cumprir a lei"... Isso para dizer o mínimo.

É claro que isso nem sempre foi assim. Nossa história constitucional é marcada por longos períodos ditatoriais e alguns poucos suspiros democráticos. Se lermos, por exemplo, a literatura que trata da República Velha, podemos nos indagar: como foi que sobrevivemos?[70] O maior período de estabilidade institucional e funcionamento das instituições democráticas é o atual. Mas, é preciso dizer para as gerações mais jovens, nem sempre foi assim. Um famoso livro, escrito por Aliomar Baleeiro ainda na década de 1960, pode nos auxiliar nessa reflexão. O livro se chama "*O Supremo Tribunal Federal, esse Outro Desconhecido"*.

[70] Sugiro, desde logo, *Fogo Morto*, de José Lins do Rego.

O sugestivo título apontava para dois fatores internamente implicados: em primeiro lugar, ao descobrimento que o seu autor, ainda infante, teve desse importante órgão de nossa República. Nas eleições presidenciais de 1919, peleavam Rui Barbosa e Epitácio Pessoa. A Bahia, de Rui e Aliomar, estava em polvorosa e havia grande temor de que as autoridades do Estado impedissem a manifestação e circulação dos correligionários políticos de Rui. Muitos familiares de Aliomar estavam entre essas pessoas. Um dia, a família do jovem Aliomar despertou festejante: o Dr. Rui havia conseguido, perante o Supremo Tribunal Federal, uma ordem de *Habeas Corpus*, que garantia a liberdade de expressão e a circulação de seus partidários políticos. Assim, o Supremo Tribunal Federal – até então um Outro Desconhecido – aparece para Aliomar como o garantidor dos direitos e das liberdades individuais.

O segundo fator, mais fácil de ser reconhecido, deve-se a intenção de Baleeiro de apresentar para a comunidade política esse Órgão que, na história brasileira, mantinha certa descrição institucional até 1988. De se dizer, até 1988 – com um frágil sistema de fiscalização de constitucionalidade e sem efetiva democracia –, o STF desempenhava um papel, até certo ponto, coadjuvante no cenário político nacional. No nosso contexto atual, a realidade é bem distinta. O STF protagoniza, diuturnamente, questões que afetam interesses políticos nacionais. Já não pode ser um “Outro Desconhecido”; mais do que isso, o Supremo Tribunal é hoje um “ex-desconhecido”. E isso decorre, em princípio – e há que se reconhecer isso – de um fator de consolidação de nossa democracia. Sendo mais claro: em uma democracia constitucional é necessário que exista um Judiciário forte, que funcione como efetivo garantidor dos direitos fundamentais e das regras do jogo político que são estatuídas pela Constituição. Nesse sentido, basta ver o que escreve Alexis de Tocqueville, em seu *A Democracia na América,* sobre as funções da Suprema Corte e a democracia estadunidense.

Nos últimos anos o STF tem participado, cada vez mais incisivamente, da vida política nacional. Isso deveria ser alvissareiro uma vez que – como veremos a seguir – a existência de um Poder Judicial independente que funcione como efetivo garantidor dos direitos fundamentais é um marco definidor de um Estado Democrático de Direito. Vale dizer, em uma democracia constitucional, o Judiciário tende a aparecer mais porque as demandas pela concretização de direitos (civis,

políticos e sociais) são efetivamente reconhecidas pelo Estado e a sua proteção cabe, efetivamente, ao guardião da Constituição.

Todavia, em diversos casos, o STF adentra nas veredas da política proferindo decisões que acabam sendo, numa análise rigorosa, estritamente políticas (e, com isso, indiretamente incentiva as demais instâncias a fazerem o mesmo). Um aviso: por certo que o papel de Tribunal guardião da Constituição desempenha uma atividade que, numa perspectiva mais geral, encontra uma justificativa política.

Quando afirmo e defendo, a partir de Dworkin e da matriz hermenêutica, a autonomia do direito e a necessidade de que as decisões judiciais sejam decisões de princípios e não de política, não quero – e nunca quis – afirmar uma separação exclusivista entre direito e política. Como afirma Dworkin em seu *Levando os direitos a sério*, a justificativa mais geral e abrangente para o direito é política uma vez que, dessa justificativa, deriva a "doutrina da responsabilidade política" que rege a jurisdição constitucional. Nos termos da doutrina da responsabilidade política, os juízes têm para si o dever de, no momento da decisão judicial, decidir conforme o direito segundo argumentos de princípios e não argumentos de política.

Repitamos isso, com vagar: argumentos de princípios e não de política! Esse é o ponto fundamental da questão: a responsabilidade política dos juízes se materializa na produção de decisões segundo o direito. Insisto: juiz não escolhe; juiz decide! Explicitando melhor: discussões que envolvem projetos futuros, bem-estar social, consequências que resultaram da aplicação do direito em questão, não são decisões que pertencem à esfera do Judiciário, mas que devem ser tomadas pelos meios políticos adequados (legislativos e/ou executivos). No Judiciário devemos levar o direito a sério, decidindo segundo argumentos de princípios.

O STF não tem culpa de essas questões a ele serem submetidas. Isso é óbvio. O problema é que não conseguimos, ainda, fazer um diagnóstico acerca das razões pelas quais isso vem sendo assim. De certo modo, o STF acaba tendo que atender às demandas de vários segmentos, como que a institucionalizar uma espécie de "coalizão político-judiciária", repetindo, no mínimo como metáfora, o modelo de presidencialismo de coalizão do Poder Executivo: veja-se, nesse sentido, os diversos grupos que leva(ra)m as suas reivindicações ao Tribunal Maior – demarcação de terras indígenas, a questão das cotas, a questão do aborto, as

questões homoafetivas, embriões, demandas coletivas de saúde, etc. Suas "reivindicações" foram atendidas pelo Judiciário (e não pelo Executivo ou o Legislativo).

Todos esses fatores deveriam produzir uma autorreflexão – uma espécie de catarse – por parte do Poder Judiciário sobre as suas decisões. É por isso que insisto: precisamos desenvolver/implementar uma Teoria da Decisão judicial. E, antes que alguém critique a falta de soluções, quero dizer que, em *Verdade e Consenso*, proponho uma Teoria da Decisão. Esse é o projeto da Teoria do Direito contemporânea que responde à necessidade de se construir anteparos para a autoridade judicante, na perspectiva de tornar mais democrático o Poder Judiciário.

Nesse contexto, aproveito o ensejo dessa discussão para esclarecer uma dúvida que cerca os leitores de minha obra. Como sintoma, cito um Congresso realizado além-mar, em que um ex-Ministro do STF chegou a dizer que minha teoria seria uma "proibição de os juízes interpretarem as leis" (*sic*). Indago: fosse eu um defensor do positivismo exegético (sintático, primitivo ou paleojuspositivismo – vejam os diversos nomes que essa "coisa" foi adquirindo), não deveria eu, por coerência, defender a PEC nº 03/2011? Elementar. Afinal, o Legislativo, como no exegetismo francês do século XIX, é que passaria a cuidar da perfeita obediência à "letra da lei"...! Pois, então, que de agora em diante fique bem claro que não há resquícios de exegetismo em minha obra (alguns chegam a me acusar de "originalista" – *sic* – ao modo norte-americano).

Com efeito, para um exegeta, certamente seria uma tarefa possível de ser levada a cabo pelo Legislativo a análise da validade das decisões judiciais, na medida em que a aplicação seria um processo mecânico, derivado da interpretação que o órgão judicante – previamente – faz do direito legislado. Bastaria identificar em que lugar o Judiciário deixou de proceder mecanicamente para corrigir o "erro" identificado... E alterar-se-ia a decisão (nem quero falar aqui do problema da subsunção, na medida em que tem muita gente que ainda acredita que "casos fáceis se resolvem por subsunção" – *sic* – e "casos difíceis por ponderação" – *sic*).

Todavia, na hermenêutica, sabemos, de há muito, que a interpretação é um ato construtivo. No campo hermenêutico, qualquer iniciante que tenha sobrevivido à mediocridade do senso comum, sabe da existência da ultrapassagem da *Auslegung* (reprodução de sentido) para a *Sinngebung* (atribuição de sentido).

Deriva ela da compreensão, que é um existencial, cuja função é abrir para o intérprete a possibilidade da interpretação.

Não interpretamos para compreender. Ao contrário, compreendemos para interpretar. Também a interpretação não acontece em tiras (as três *subtilitas* – *intelligendi, explicandi* e *aplicandi* – estão superadas). Ela se manifesta na *applicatio* (aplicação). Por isso, fundamentação e decisão são co-pertencentes. Ninguém fundamenta primeiro para depois decidir, simplesmente porque, no momento em que decide, já aconteceu a fundamentação. Esse é o círculo hermenêutico (*hermeneutische Zirkel*), que quer dizer que, de algum modo, o intérprete sempre está à frente de si mesmo, porque a sua condição de existente antecipa sentidos. Definitivamente, a interpretação não é um ato de vontade. A partir da hermenêutica, enfim, da Crítica Hermenêutica do Direito, nem de longe é possível dizer isso.

Sendo bem mais claro: em hipótese alguma, a juristocracia pode ser vencida pela instituição de uma espécie tardia de *Polizeistaat*. Não é deste tipo de controle que precisamos. Nesse caso, o problema apenas mudaria de endereço na praça dos três poderes: do Poder Judiciário em direção ao Congresso Nacional. Ou seja, se o ativismo do Poder Judiciário se mostra perigoso ao ponto de o Poder Legislativo pretender limitá-lo via EC n.3, não é a simples transferência do polo de tensão para o Poder Legislativo que resolverá a "questão da democracia".

Numa palavra final: para resolver os problemas do ativismo judicial, da vontade de poder (*Wille zur Macht*) ou do voluntarismo, não precisamos voltar ao hermetismo do século XIX, como querem os parlamentares que aprova(ra)m a PEC nº 3 na CCJ. Não podemos nos comportar como o sujeito que, tendo perdido o relógio, pôs-se a procurá-lo debaixo de um poste de luz, longe do lugar da perda...porque ali era mais fácil!

Podemos fazer melhor do que isso. Mas, para tanto, necessitamos, primeiro, entender que o direito é um fenômeno complexo (insisto, pois, na luta contra os "simplificadores" e os adeptos de argumentos *prêt-à-porter, prêt-à-penser e prêt-à-parler*). Para isso, temos que estudar o processo histórico e como se forjou o positivismo, respondendo perguntas como "o que é isto, um paradigma", "o que é isto, a autonomia do direito", "o que é isto, o solipsismo judicial", "o que é isto, o discricionarismo"... E, assim, entender que a pretensão de controlar as decisões a partir de uma teoria da decisão, não é, nem de longe, proibir a interpretação...

Autores que dedicaram a vida a estudar esse fenômeno e a criticar o solipsismo (graças ao qual se espalha o mantra de que "sentença vem de *sentire*" e que a decisão é um ato de vontade), como Dworkin, Habermas, Gadamer, Luhmann, para falar apenas destes, não podem ser tidos como ingênuos, mal-intencionados, autoritários ou, quiçá, "conspiradores contra a independência do poder judicial"... Em alguma coisa essa gente está(va) certa, pois não? E não consta que o direito esteja blindado às teorias sofisticadas como a desses autores (na verdade, o que há de melhor em termos de teoria do direito passa, indubitavelmente, por esses autores).

5. À GUISA DE CONSIDERAÇÕES FINAIS: O CONTROLE HERMENÊUTICO DO PODER JUDICIÁRIO.

O "controle" das decisões é um controle que se opera hermeneuticamente. Aquele que interpreta deve (de)mo(n)strar que sua construção é a melhor segundo o direito da comunidade política.

Aqueles que são destinatários da interpretação, por sua vez, têm o dever de questioná-la, apontando os fracos argumentos e as construções mal alicerçadas. Essa é a tarefa que venho chamando, há algum tempo, de "constrangimento epistemológico", cujo ator jurídico fundamental é a Doutrina.

Por isso que, em hipótese alguma, podemos admitir uma doutrina que, diante das decisões dos mais diversos tribunais, assume uma postura de "imparcialidade", apenas descrevendo as posições que estão na última moda, sem questionar, na sua raiz, os argumentos apresentados pelo Poder Judiciário – na verdade, isso nem é imparcialidade; é, sim, servilismo! Sendo mais claro: a doutrina deve doutrinar!

Outro ponto absolutamente fundamental desse controle hermenêutico das decisões é a exigência de que elas sejam proferidas de forma consistente, segundo critérios de integridade da jurisprudência. É absolutamente inadmissível que, em um dia, o STJ entenda (defina?) o princípio da insuficiência de um modo (negando RESP em um caso de furto de 84 reais) e, não muito depois, explicite-o de outro modo (trancando, via Habeas Corpus, uma ação penal em uma sonegação de tributos de mais de três mil reais); ou que uma Turma daquela Corte afirme a

validade do art. 212 do CPP e outra a negue, sem qualquer menção à jurisdição constitucional. Como é possível que um Tribunal negue a validade de uma lei votada democraticamente sem utilizar – e fixo-me na questão do princípio-sistema acusatório – uma argumentação constitucional? Trata-se de uma exigência de equanimidade (*fairness*, como quer Dworkin), no sentido de que todos os cidadãos recebam tratamento igualitário quando buscarem a tutela jurisdicional. É o mínimo que se quer em uma democracia.

E como se faz isso? Trabalhando com algo que se chama de "Teoria da Decisão". Nesse sentido, permito-me aqui, mais uma vez – até porque aqui não há espaço para desenvolver amiúde uma questão tão complexa[71] – remeter os leitores interessados nesta discussão para o meu *Verdade e Consenso*, assim como para livros como *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio* (de Rafael Tomaz de Oliveira), *Jurisdição e Ativismo Judicial* (de Clarissa Tassinari), *Levando o Direito a Sério* (de Francisco Borges Motta), *Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro* (de Mauricio Ramires), *Fundamentos para uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil* (de Adalberto Narciso Hommerding), *Elementos de uma Teoria da Decisão Judicial* (de Orlando Faccini Neto), *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais* (de Georges Abboud), *Direito Constitucional ao Recurso* (de Dierle Nunes), *Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva* (de Walber Araújo Carneiro), além do capítulo de André Karam Trindade em nosso recente *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo – um debate com Luigi Ferrajoli*, todos críticos em relação ao ativismo e à discricionariedade, demonstrando uma preocupação com o controle das decisões judiciais, a partir daquilo que hoje é chamado de Crítica Hermenêutica do Direito (ou Nova Crítica do Direito).

Se é certo que a atividade jurisdicional deve ser exercida segundo uma rigorosa fundamentação e se é certo que é necessário problematizarmos, pela via da teoria do direito, os limites interpretativos de modo a construir anteparos para a atividade jurisdicional, também é igualmente verdadeiro que esses limites não podem – de forma alguma – ser feitos por um outro Poder da República, como que a repristinar um perigoso "controle político" do poder judiciário, como o constante no

[71] Um esclarecimento de caráter universal para o sentido do limite e o limite do sentido destas pequenas reflexões: não tenho a pretensão de detalhar soluções dos problemas que aponto. O presente texto não se destina a ser a extensão de uma sala de aula. As indicações de leitura que faço são exatamente para suprir essa (inexorável) lacuna. Portanto, que o leitor não espere que a leitura do presente texto resolva questões de concurso público.

art. 96 da Constituição de 1937 (a nossa "polaca"). O relevante controle das decisões judiciais – que, registre-se, é uma necessidade democrática – deve ser hermenêutico e de forma alguma poderá ser aceito um controle político das decisões.

Voltemos a Cícero: *Historia magistra vitae*. A experiência do constitucionalismo – que é um processo histórico com raízes no século XI, permeado de lutas sociais e teóricas – nos legou muitas coisas: a independência do parlamento, as limitações ao poder do Rei e a definição de Estado de Direito (*Rechtstaat*), são algumas dessas importantes contribuições. Esse mesmo processo histórico – e, insisto nisso, o constitucionalismo é essencialmente histórico – ofereceu um reforço que acentuou ainda mais a ideia de Estado de Direito, a partir da afirmação de um Estado Constitucional (*Verfassungstaat*). Quando falamos em limitação do poder e democracia, um grande ensinamento do passado nos diz que o elemento central, para o Estado de Direito (ou, se preferirem, Estado Constitucional) é exatamente a independência do Poder Judiciário.

Sim, a independência do Poder Judiciário é uma conquista democrática. Conquista, sim, porque não foi o resultado de uma autorização cartorial. Muito mais do que isso, por oito séculos a humanidade lutou para construir os mecanismos de limitação de poder com os quais hoje estamos habituados. Para enfrentarmos os perigos de um governo dos juízes ou de uma juristocracia, precisamos de uma consistente teoria do direito e agentes jurídicos aptos a trabalharem na construção de bons argumentos e na desconstrução dos argumentos ruins.

REFERÊNCIAS:

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

__________. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode*, Ergänzungen Register. J.C. B. Mohr (Paul Siebeck, Tübingen, 1993.

_________. *Wahrheit und Methode*. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik. J.C.B. Mohr (

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

______. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013a.

______. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.*11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013b.

______. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2014.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livrariado Advogado, 2013.

O Mandado de Injunção 4.377/2012: direitos fundamentais à inclusão e à diversidade sexual e a atuação do Supremo Tribunal Federal

Cândice Lisbôa Alves[72]

Christiane Costa Assis[73]

Resumo: o presente artigo dedicou-se à análise do Mandado de Injunção 4.377/2012, no qual a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros buscou forçar o Congresso Nacional a concluir o processo legislativo do Projeto de Lei da Câmara dos Deputados 122/2006, com o objetivo de incluir entre os crimes de discriminação e racismo os fatos típicos homofobia e transfobia. O artigo analisa o *writ* constitucional tendo em vista: os elementos essenciais da ação, bem como o histórico de decisões do Supremo Tribunal Federal sobre os efeitos do Mandado de Injunção; os direitos fundamentais de inclusão social, diversidade sexual e proibição de discriminação em função de sexo; a importância política e jurídica de a Suprema Corte emprestar força à demanda social encabeçada por uma minoria que é historicamente relegada do ponto de vista social e jurídico. Ao final, conclui-se pelo cabimento da ação, assim como pela necessidade de acolhimento dos pedidos, como medida de efetividade e concretização dos direitos fundamentais do grupo LGBTT.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Diversidade sexual. Mandado de Injunção. Minorias.

Abstract: This article is devoted to the analysis of the Writ of Injunction 4377/2012, in which the Brazilian Association of Gays, Lesbians and Transgenders sought to force the Congress to conclude the legislative process of the Draft Law 122/2006 of the Chamber of Deputies, with the goal of including among the crimes of

---

[72] Graduada em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (2004). Mestre em Extensão Rural pela Universidade Federal de Viçosa (2006). Doutora em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2013). Professora do curso de Direito da Universidade Federal de Viçosa. Advogada.

[73] Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2010). Pós-graduada em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2011). Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2014). Advogada e professora de pós-graduação em Direito.

discrimination and racism the typical facts homophobia and transphobia. The article analyzes the constitutional writ considering: the essential elements of action as well as the historic decisions of the Brazilian Supreme Court on the effects of the Writ of Injunction; the fundamental rights of social inclusion, diversity and sexual prohibition of discrimination on grounds of sex; the political and legal importance of the Supreme Court to lend strength to the social demand led by a minority that is historically relegated from a social and legal perspective. Finally, it conclude for the appropriateness of the action, as well as for the need of accepting the requests, as a step of effectiveness and implementation of the fundamental rights of the LGBTT group.

Keywords: Fundamental rights. Sexual diversity. Writ of Injunction. Minorities.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Constitucional vivencia incessantes desafios no desiderato da concretização dos direitos fundamentais. Um deles é a inserção de pessoas que, muito embora estejam ‘presentes’ no Ordenamento Jurídico, são faticamente excluídas, tanto do ponto de vista social, quanto, em certa medida, do Direito.

A cada dia a exclusão social torna-se mais corriqueira e este fato pode ser percebido com facilidade quando se acompanham as notícias referentes, por exemplo, ao público LGBTT. São recorrentes as ações de violência a eles perpetradas, todas elas ligadas tão somente ao não alinhamento entre o sexo e a opção sexual por eles vivenciada. Estas ações marcadas por desrespeito, menosprezo e agressividade são, em grande maioria, fruto da discriminação contra a diversidade que o grupo representa. Em função dessas mazelas, o grupo ABLGT (Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transexuais) impetrou o Mandado de Injunção (MI) nº 4.377/2012. O objeto da ação foi a conclusão pelo Congresso Nacional do processo legislativo referente ao PLC (Projeto de Lei da Câmara) 122/2006. O mencionado projeto tramita há mais de treze anos no Congresso Nacional e visa à inclusão do crime de homofobia e transfobia entre os atos típicos incluídos na Lei 7.716, de 05 de janeiro de 1989, que cuida da discriminação de raça e cor. Todavia, até o momento ele não foi concluído e, ao que tudo indica, sem um reforço de vontade jamais o será.

O *writ* constitucional representa, por si mesmo, demandas objetivas e subjetivas. Objetivamente, o público LGBTT requer o direito à diversidade sexual, bem como proteção em face da violência que sofrem em função de sua vivência sexual, o que requer a finalização do processo legislativo mencionado, com a consequente criminalização da homofobia e transfobia. Subjetivamente, o MI representa uma atitude em prol da inclusão de seres humanos que estão cotidianamente afastados da proteção jurídica do Estado de Direito na medida em que não gozam dos ornamentos sociais que os reconheça como pessoas 'de bem' e, portanto, merecedoras da proteção estatal. Todavia, as argumentações atinentes ao MI 4.377/2012 no STF (Supremo Tribunal Federal) disseram respeito tão somente ao preenchimento dos critérios objetivos da ação constitucional, quais sejam: existência de direito constitucionalmente expresso e ausência de norma regulamentadora que possibilite a concretização do direito referido. O que o presente artigo almeja é realocar a análise do MI 4.377/2012 no sentido de ampliação da discussão pelo reconhecimento dos direitos fundamentais de inclusão social, diversidade sexual, opção sexual e proibição de discriminação em função do sexo. Correlatamente, o pano de fundo – e talvez o principal foco a ser abordado – atine ao comprometimento do STF com a proteção de uma minoria que não consegue, por si só, alavancar o procedimento legislativo em prol da proteção de seus direitos fundamentais.

Sendo assim, o presente artigo foi dividido em quatro partes: a primeira trata dos direitos fundamentais de inclusão social, diversidade sexual e proibição de discriminação por motivo de sexo; o segundo refere-se a um histórico conceitual sobre o instituto do Mandado de Injunção, de forma genérica, bem como da evolução do STF acerca dos efeitos dele decorrentes; o terceiro dedica-se à análise do MI 4.377/2012 em suas peculiaridades, bem como busca inseri-lo na perspectiva da teoria concretista do Mandado de Injunção; a quarta e última parte traça algumas inferências conclusivas, embora o instrumento processual ainda esteja pendente de julgamento definitivo. A pesquisa realizada foi bibliográfica, realizando-se incursões jurisprudenciais.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: inclusão, diversidade sexual e proibição de discriminação por motivo de sexo

O Direito Constitucional vem passando por transformações axiológicas significativas. A mais importante delas, sem dúvida, foi a atinente à (re)significação conferida à dignidade humana, considerada atualmente como o vetor a nortear a hermenêutica constitucional, que irradia seus efeitos sobre todos os ramos do Direito.

Perquirir acerca da dignidade, todavia, implica em reconhecer, de forma correlata, diferenciações fáticas ontológicas e, combativamente, inserir no discurso jurídico mecanismos de inclusão daqueles que, embora presentes em um país, encontram-se fora da proteção jurídica, seja por ausência de norma protetiva, seja pelo ostracismo social, ou ainda pela ineficácia das normativas existentes.

De acordo com Müller[74], o direito convive com a dicotomia inclusão/exclusão e utiliza-se de metacódigos 'excludentes', o que se faz sentir por intermédio da constitucionalização simbólica ou ainda do suposto 'esquecimento' de menção de determinadas classes. Vislumbram-se os metacódigos quando a Constituição "[...] fracassa na tarefa de acoplar, de forma confiável, o direito, a política e a sociedade"[75]. O esquecimento proposital – ou silêncio eloquente – é definido como exclusão primária por Müller[76] e decorre dele o fato de que subintegrados apenas podem recorrer à Constituição de forma ocasional. Contraditoriamente, os conceitos de direitos fundamentais não servem (ou não deveriam servir) como instrumentos ou mecanismos de suporte para manutenção do *status quo*, ou dos que são socialmente aceitos e queridos, muito embora, na prática, assim ocorra.

Juridicamente é o viés histórico dos direitos fundamentais o que os une às necessidades de mudanças no sentido de inserção do ser humano em um contexto de igualdade de oportunidades, assim como na tarefa de sua defesa 'no' e 'pelo' Estado de Direito. Indo além, o Estado Democrático de Direito apregoa, também, o respeito pelas singulares escolhas de vida, ou o direito ao 'dissenso'[77], como exteriorização do direito à não discriminação. O dissenso, assim, é forma de

---

[74] MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo. Trad. Peter Naumann. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.93.
[75] MÜLLER, 2013, ibidem, p. 91.
[76] MÜLLER, 2013, ibidem, p. 93.
[77] CARDUCCI, Michele. Por um direito constitucional altruísta. Trad. Sandra Regina Martin Vial, Patrick Lucca da Ros, Cristina Lazzarotto Fortes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.31.

aplicação concreta dos direitos de liberdade e igualdade diante de um caso concreto[78].

A igualdade de oportunidades nada mais é que o nascedouro do direito à inclusão social, e apregoa a necessidade de atitudes em prol das mudanças necessárias. Essa percepção, todavia, ainda mostra-se nebulosa na doutrina nacional, notando-se esparsas vozes que iniciam os debates acerca desta modalidade de direito fundamental[79]. O direito à inclusão, por seu turno, bebe das águas da terceira dimensão dos direitos fundamentais, encontrando sua sustentação no primado da fraternidade e solidariedade social. Pode-se considerar, ainda, que o direito à inclusão é a exteriorização do dever de "[...] proteção e promoção e especialmente de preservação frente a agressões antijurídicas por parte dos outros"[80]. Neste ínterim, vislumbra-se que o direito à inclusão é o entrelaçamento entre discursos políticos e jurídicos, exatamente pelo fato de que é uma exigência da justiça social.

Incluir pessoas relegadas, como ocorre com o grupo LGBTT, requer mudança ou rearquitetura do sistema vigente, do ponto de vista social e jurídico. Com precisão, Sarmento[81] assevera que para "[...] lutar contra a desigualdade e promover a inclusão, torna-se necessário aguçar o espírito crítico e levantar o manto diáfano das formas e aparências, que desvelará, muitas vezes, o preconceito e a dominação na sua nudez". A dominação, por seu turno, traz em seu íntimo a manutenção da heteronormatividade, *locus* em que é naturalizada a sexualidade referenciada por atores de sexos opostos de forma corriqueiramente tida por absoluta. Tudo que fugir desse parâmetro é considerado desviante, anormal, ou doentio. Fruto dessa classificação - ou rotulação – aparece o sexismo social, que redunda em atos de homofobia[82].

---

[78] CARDUCCI, Michele, 2001, idem.

[79] MARTIN, Andréia Garcia. Novos direitos decorrentes dos princípios adotados pela Constituição Federal de 1988: direito fundamental à inclusão social? *In*: SANTIAGO, Marcus Firmino e CARVALHO NETTO, Menelick de (Orgs). Constituição de 1988 e as transformações do Estado brasileiro. Brasília: IDP, 2013.

[80] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgand. Escritos sobre derechos fundamentales. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden: Nomos Verl.-Ges, 1993, p. 116, tradução nossa: "[...] el deber de los organos estatales de protección y promoción y especialmente de preservalos frente a agresiones antijurídicas por parte de otros".

[81] SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 133.

[82] LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Debora. Homofobia, silêncio e naturalização: por uma narrativa da diversidade sexual. Revista Psicologia Política, v.8, n. 16, São Paulo, dez. 2008, p. 307-324, p. 309.

No sistema jurídico, também o padrão heteronormativo é percebido, na medida em que não se nota consideração ou incentivo ao reconhecimento das habilidades, particularidades e necessidades desta minoria, o que, correlatamente, demonstra a intenção de sabotar a aceitação das suas ‘diferenças’[83]. O termo ‘diferença’, em si, não é o mais adequado para mencionar as minorias porque carrega em seu íntimo uma noção de maioria, que permanece sendo o referencial da análise. Nesse sentido, as minorias devem ser tratadas como diversidades e o Estado, por seu turno, deve promover a convivência entre os ‘diversos’, sem estabelecer hierarquia ou normatização que poderia ser interpretada como *standarts* de comparação. Para o Estado, pessoas devem ser reconhecidas como ‘pessoas’ (redundante e necessário), seres titulares de direitos fundamentais, em especial os direitos da personalidade, assim como os direitos humanos e fundamentais à intimidade, à diversidade sexual e à proibição de discriminação em função do sexo. Ao Estado cabe tão somente aceitar as pessoas com hospitalidade tendo em vista a manifestação da sua sexualidade[84]. Não poderia ser outra a tarefa do Estado Democrático de Direito hodierno.

Nesta perspectiva constitucionalmente adequada[85] de aceitação incondicional da diversidade, não se pode sustentar que o Estado fomente ou mesmo tolere a discriminação em função da opção sexual das pessoas. De acordo com Bönckenförde[86], uma teoria dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada não pode estar adstrita a formas de interpretação pragmáticas. Ao contrário, deve atrelar-se a uma concepção de dependência entre indivíduo-sociedade ao Estado, que resguarde sempre a força normativa da própria Constituição. Em relação a esta força, imperioso relembrar o caráter ativo[87] que a Constituição pode desempenhar no atinente às mudanças necessárias em prol do bem comum, quando presente a vontade do poder e a vontade da Constituição. Essas vontades são manifestadas, em especial, por aqueles que podem ‘dizer’ ou interpretá-las – como o STF, por excelência. Em um sentido de reforçar essas

---

[83] MARTIN, Andréia Garcia, op.cit., p.95.
[84] A hospitalidade aqui mencionada é originária do pensamento de Derrida. Nesse sentido ver a obra: DERRIDA, Jacques. Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar de hospitalidade. Trad. Antonio Romane, São Paulo: Escuta, 2003.
[85] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgand, 1993, op.cit., p. 67-69.
[86] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgand, 1993, op.cit., p. 68.
[87] HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 19.

possibilidades e aclarar a vinculação do Estado Democrático de Direito à concretização dos direitos fundamentais, mister algumas considerações a respeito das dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. A dimensão objetiva, de forma especial, empresta reforço à missão de inclusão das minorias e à obrigatoriedade estatal de salvaguarda e concretização de todos os direitos fundamentais.

Uma das características marcantes atribuídas à dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o fato de que eles, concomitantemente, determinam *status*, limitavam *status* e asseguravam *status,* assim como alteravam a perspectiva daquele que participava do direito como seu destinatário[88]. Alargam-se os obrigados pelo adimplemento e respeito aos direitos fundamentais, abarcando além do Estado também os particulares, em situação conhecida como eficácia irradiante dos direitos fundamentais ou horizontalização de seus efeitos. Sistematicamente, a característica objetiva dos direitos fundamentais pode ser conceituada como uma 'mais valia[89]' aos direitos fundamentais que surte efeitos em uma perspectiva funcional e também estrutural[90]. Essa faceta recoloca os direitos fundamentais em um plano de eficácia alargado, porque essa eficácia não se restringe apenas às normas expressas, mas abrange todo o arcabouço jurídico no qual repousam as expectativas jurídicas da comunidade, desde que elas possam ser interpretadas como direitos fundamentais. Substancialmente, o caráter objetivo[91], umbilicalmente atrelado ao viés principiológico e axiológico dos direitos fundamentais, tem aplicabilidade imediata e vincula os três poderes do Estado. Por meio desta perspectiva, reafirma-se a força normativa da Constituição[92] em relação aos direitos fundamentais, sem que se fique adstrito à característica subjetiva deles, ou implica, em outras palavras, a desvinculação necessária e imediata[93] entre o cidadão e o Estado, se sobrepondo a tal possibilidade.

---

[88] HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 239.

[89] O termo mais valia é uma reprodução das palavras de Andrade. Ver: ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 134. Na doutrina nacional a mesma utilização é encontrada em: SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2011, p. 144.

[90] ANDRADE, José Carlos Vieira de, 2009, ibidem, p. 134.

[91] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgand, 1993, op.cit., p. 105.

[92] HESSE, Konrad, 2002, op. cit..

[93] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgand, 1993, op. cit., p. 109.

Tendo em vista as expectativas jurídicas da comunidade LGBTT, bem como o significado em si da sexualidade como meio de autorealização e instrumento em prol da felicidade[94], é quase elementar o direito fundamental à diversidade sexual[95], assim como o direito fundamental à orientação sexual[96] – seja ela qual for – e à identidade de gênero. Estes direitos fundamentais são implícitos, todavia são materialmente fundamentais. Pode-se estabelecer um liame entre eles e os objetivos fundamentais da República, expressos no art. 3º da Constituição Federal de 1988, em especial os consignados no inciso IV que menciona a promoção do bem de todos, além da proibição de tratamento referendado por “[...] preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”[97].

A proibição de discriminação, quando analisada sob o prisma dos direitos fundamentais, sofre novamente a incidência da respectiva dimensão objetiva, podendo-se e devendo-se garantir[98]: i. direitos fundamentais como integrantes e agentes normalizadores do ordenamento jurídico – o que permite a inclusão de novos direitos diante da necessidade social, como ocorre com o publico LGBTT que requer proteção à livre manifestação de sua sexualidade sem que estas pessoas sejam, por isso, sujeitos de discriminação; ii. direitos fundamentais como delimitadores da atuação dos órgãos estatais – necessidade de que os poderes públicos limitem sua atuação visando à concretização dos direitos fundamentais, o que implica a proibição de que o Estado quede-se inerte sem proteger uma

---

[94] O STF reconheceu a possibilidade das uniões estáveis homoafetivas na ADPF 132 e na fundamentação dos votos do relator ficou consignado expressamente o direito à felicidade. Em parte da ementa consignou-se: “Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 / RJ. Rel. Min. Ayres Britto. DJ.14/10/2011. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> Acesso em: 20 set. 2014).

[95] Sobre a diversidade sexual, já foi entregue ao Senado Federal projeto de lei atinente ao estatuto da diversidade sexual, de iniciativa popular. Já no que se refere à identidade de gênero, há na Câmara dos Deputados o projeto de lei João Neri, PL 5.002/2013, que trata da identidade de gênero. Esse projeto é de autoria de Jean Wyllys e Erika Kokay e disciplina os direitos que todo ser humano tem de manifestar livremente sua opção sexual que, em alguns casos, dissocia-se do respectivo gênero de nascimento.

[96] KOMPATSCHER, Sabrina. Diversidade sexual sob a égide da Constituição Federal de 1988 e os direitos humanos no Brasil. *In*: STRAPAZZON, C.L.; GOMES, E.B; SARLET, I.W. Coleção direitos fundamentais e sociais na visão constitucional brasileira . E-Book. Tomo I. Curitiba: Instituto Memória, Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2014, p. 175.

[97] BRASIL, 1988.

[98] HESSE, Konrad, 1998, op.cit., p. 239-240.

demanda social incipiente, por exemplo; iii. direitos fundamentais como normalizadores da ordem privada irradiando efeitos sobre ela – determina a proibição da discriminação também entre particulares.

Importante perceber que os direitos fundamentais, de acordo com a primeira e a segunda descrições acima estabelecidas, ocupam-se de formatar a normalização ou normatização 'no' e 'do' ordenamento jurídico[99]. Assim, decorre a obrigação de que todos os entes estatais submetam-se aos ditames protetivos estabelecidos expressa ou implicitamente pelos direitos fundamentais. Esta premissa é instrumento apto a refrear e conformar a atuação de cada poder do Estado. Indo além, surge para o Estado o dever de "concretização dos direitos fundamentais"[100]. Isso significa que o Estado torna-se responsável por criar ou manter meios necessários a funcionalizar os direitos fundamentais do público LGBTT.

A dimensão subjetiva, por sua vez, garante que os indivíduos possam exigir ou pleitear do Estado a proteção a qual o direito fundamental refere-se. Abarca tanto a tutela específica, quanto o pleito por atitudes que sejam maneiras de concretização de determinados direitos.

Retornando ao público LGBTT, urge destacar a necessidade de eles serem incluídos e reconhecidos socialmente, o que perpassa nos quadros atuais, por uma atitude positiva por parte do Estado. Isto porque é da essência dos direitos fundamentais serem realizados – ou realizáveis – ou concretizados. Significa dizer que não basta a mera abstenção[101] de atos que discriminem. É necessário atuação e proteção por parte do Estado para impedir atos particulares atentatórios aos seres humanos segregados. Para tanto, é necessário o respeito à livre manifestação da sexualidade, como decorrência do direito à privacidade e à intimidade, e ainda como desdobramento da personalidade. A possibilidade de manifestação da sexualidade e também da identidade de gênero é corolário da proibição de discriminação em função do sexo[102], que é denominada por Rios[103] como 'direito da antidiscriminação'.

---

[99] ANDRADE, José Carlos Vieira de, 2009, op. cit., p. 109.
[100] SARLET, Ingo Wolfgang, 2011, op. cit., p. 146.
[101] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgand, 1993, ibidem, p. 115.
[102] Sobre essa perspectiva: RIOS, Roger Raupp. RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação, sexo, sexualidade e gênero: a compreensão da proibição constitucional da discriminação por motivo de sexo. *In*: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 695-720; SARMENTO, Daniel. Casamento e

Rios[104] conceitua o direito da antidiscriminação como "[...] conjunto de conteúdos e institutos jurídicos relativos ao princípio da igualdade enquanto proibição de discriminação e como mandamento de promoção e respeito da diversidade". Ou seja, no conceito analisado há dois aspectos a serem observados: o primeiro é negativo (a proibição da discriminação em si mesma); já o segundo tem caráter positivo (a determinação de atuações positivas por parte do Estado para promover o respeito à diversidade). O autor assevera que a discriminação por ele tratada refere-se a todo mecanismo de distinção, exclusão, restrição ou preferência que impeça um indivíduo (ou grupo) de gozar de bens jurídicos ou do exercício desses direitos[105].

Negar ao público LGBTT a possibilidade de serem o que são é o mesmo que impedir o reconhecimento da sua dignidade. Se o Estado assim age, ele, de forma indireta, transmite a ideia de que "[...] a afetividade dos homossexuais não tem valor e não merece respeito social"[106], o que é uma incoerência performativa em um contexto de constitucionalismo fraternal, calcado na pluralidade e na proibição de preconceito[107], como descrito na epígrafe da Constituição. Diante desta hipótese, urge invocar a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais que determina, de forma taxativa, o dever de proteção do Estado para com as pessoas de forma universal e genérica e que, no presente artigo em especial, abarca a possibilidade de manifestação dos direitos sexuais de todas as pessoas. Derivação imediata do dever de proteção é a tutela desta demanda social.

Nesta linha, e diante da ausência da tutela legal dos direitos relacionados à diversidade sexual, o grupo ABGLT (Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros) – que sofre cotidianamente vários episódios de discriminação e violência explícita – impetrou o MI (Mandado de Injunção) 4.733/DF, em 10 de maio de 2012, contra o Congresso Nacional, visando forçá-lo a concluir o procedimento legislativo referente ao PLC 122/2006, que inclui o crime de homofobia entre os praticados por discriminação de raça e cor na Lei 7.716, de 05 de janeiro de 1989. O

---

união estável entre pessoas do mesmo sexo: perspectivas constitucionais. *In*: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 619-660.
[103] RIOS, Roger Raupp, 2010, op. cit., p. 695.
[104] RIOS, Roger Raupp, 2010, idem.
[105] RIOS, Roger Raupp, 2010, ibidem, p. 697.
[106] SARMENTO, Daniel, 2010, op.cit., p. 644.
[107] SARMENTO, Daniel, 2010, ibidem, p. 636.

objetivo deste artigo é analisar o MI mencionado, motivo pelo qual se passará à análise dos aspectos gerais do Mandando de Injunção e do histórico dos julgamentos que trataram dos efeitos de sua decisão no Supremo Tribunal Federal (STF).

3 MANDADO DE INJUNÇÃO: a evolução do STF sobre os efeitos da decisão

O Mandado de Injunção é a ação de fundamento constitucional, pela qual se viabiliza o exercício de direitos e liberdades constitucionais diante da ausência de norma regulamentadora[108]. É ação porque nela estão presentes as partes, a causa de pedir e o pedido. Além disso, seu procedimento é contencioso por conter controvérsia em forma de lide e também especial por obedecer a um rito próprio[109].

A previsão do Mandado de Injunção está no inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal de 1988, inexistindo lei de regulamentação específica sobre o instituto. Dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LXXI, que "[...] conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania"[110].

O cabimento do Mandado de Injunção está sujeito a dois pressupostos: i. a existência de um direito constitucional de quem o invoca; e ii. o impedimento de exercê-lo em virtude da ausência de norma regulamentadora[111]. A omissão legislativa que legitima o mandado de injunção é tanto a omissão absoluta, que significa ausência de norma regulamentadora, como também a omissão parcial, na qual a atividade legislativa foi imperfeita ou insatisfatória[112].

Convém ressaltar que a omissão absoluta ou total é hipótese que se revela cada vez mais rara, em função da implementação gradual da ordem

---

108 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1072.
109 CARVALHO FILHO, 2014, idem.
110 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 20 out. 2014.
111 NOVELINO, Marcelo. Manual de direito constitucional. E-Book. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 1860.
112 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ações constitucionais. E-Book. São Paulo: Método, 2013, p. 292.

constitucional[113]. Sobre a omissão parcial, convém esclarecer que a execução parcial ou incompleta do dever constitucional de legislar pode se manifestar em razão do atendimento incompleto do estabelecido na norma constitucional, em razão do processo de mudança nas circunstâncias fático-jurídicas que eventualmente afetem a legitimidade da norma (inconstitucionalidade superveniente), ou ainda em razão da concessão de benefício de forma incompatível com o princípio da igualdade[114].

O Mandado de Injunção pode ser impetrado por qualquer pessoa física ou jurídica[115]. Entretanto, por se tratar de um instrumento de tutela de direitos fundamentais, não é possível sua impetração por entes federativos, pessoas jurídicas de direito público ou órgãos públicos, pois ainda que se admita que entidades estatais gozem de direitos fundamentais do tipo procedimental, o exercício desses direitos não depende de intermediação legislativa ou administrativa[116].

No caso de Mandado de Injunção coletivo, aplicam-se analogicamente as disposições sobre a legitimidade ativa do Mandado de Segurança coletivo (art. 5º, inciso LXX, da Constituição Federal de 1988)[117]. Assim sendo, podem impetrar Mandado de Injunção coletivo partido político com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, desde que em defesa dos interesses de seus membros ou associados. Já no polo passivo do Mandado de Injunção, seja ele individual ou coletivo, somente podem figurar pessoas estatais, pois apenas a elas é imputável o dever jurídico de edição de leis[118].

O Mandado de Injunção não se confunde com a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADI Omissiva). Apontando-se as principais diferenças, destaque-se: a ADI Omissiva é um processo objetivo que trata de lei em tese, enquanto o Mandado de Injunção é um processo subjetivo destinado a solucionar uma real crise jurídica; a ADI Omissiva tem por objeto qualquer espécie de omissão legislativa que gere uma inconstitucionalidade, já o Mandado de

---

[113] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. E-Book. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 3958.
[114] MENDES; BRANCO, 2014, idem.
[115] NOVELINO, 2014, op. cit., p. 1861.
[116] NOVELINO, 2014, idem.
[117] NOVELINO, 2014, idem.
[118] NOVELINO, 2014, idem.

Injunção tem por objeto somente omissão violadora de direitos e liberdades constitucionais e prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; a eficácia da decisão da ADI Omissiva é *erga omnes*, enquanto a eficácia da decisão do Mandado de injunção é *inter partes* em caso de direitos individuais ou *ultra partes* em caso de direito coletivo; os legitimados ativos para propor a ADI Omissiva são somente aqueles indicados no art. 103 da Constituição Federal de 1988, já a legitimidade ativa para a propositura do Mandado de Injunção é ampla, cabendo a qualquer sujeito; a ADI Omissiva é da competência originária e exclusiva do Supremo Tribunal Federal, já a competência para o processamento e julgamento do Mandado de Injunção pode ser originária dos Tribunais ou de primeiro grau de jurisdição[119].

No tocante aos efeitos da decisão do Mandado de Injunção, a doutrina aponta quatro posicionamentos, a saber: i. corrente não concretista: o Poder Judiciário deve apenas reconhecer formalmente a inércia e comunicar a omissão ao órgão competente para a elaboração da norma regulamentadora; ii. corrente concretista individual: o Poder judiciário está autorizado a suprir a lacuna apenas para aqueles que impetraram o Mandado de Injunção; iii. corrente concretista geral: a omissão pode ser suprida pelo Poder Judiciário não apenas para os impetrantes, mas para todos os que se encontrem em situação idêntica; iv. corrente concretista intermediária: cabe ao Poder Judiciário comunicar a omissão ao órgão competente para a elaboração da norma regulamentadora fixando um prazo para supri-la[120].

Por um longo período a posição não concretista foi a dominante no Supremo Tribunal Federal, sendo tal posicionamento criticado por tornar inviável o exercício de direitos fundamentais caso a inércia legislativa persistisse[121]. A Corte firmava sua jurisprudência no sentido de que deveria limitar-se a constatar a inconstitucionalidade da omissão e determinar que o legislador tomasse as providências requeridas[122]. Entretanto, no Mandado de Injunção nº 107 a Corte promoveu alterações significativas no instituto, conferindo-lhe conformação mais ampla do que a até então admitida – motivo pelo qual o Ministro Gilmar Mendes

---

[119] NEVES, 2013, op. cit., p. 317.
[120] NOVELINO, 2014, op. cit., p. 1874.
[121] NOVELINO, 2014, ibidem, p. 1159.
[122] MENDES; BRANCO, 2014, op. cit., p. 3963.

afirma ser o Mandado de Injunção nº 107, o '*leading case'* na matéria relativa à omissão"[123].

No Mandado de Injunção nº 283, a Corte estipulou pela primeira vez um prazo para que fosse colmatada a lacuna decorrente da mora legislativa, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados[124]. Posteriormente, no Mandado de Injunção nº 232, a Corte reconheceu que passados seis meses sem que o Congresso Nacional editasse a lei mencionada no §7º do art. 195 da Constituição Federal de 1988 – dispõe que "[...] são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei"[125] – o requerente passaria a gozar a imunidade requerida[126].

Tais decisões são exemplos de que o Supremo Tribunal Federal aceitou a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Poder Judiciário sem, entretanto, assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa[127]. A Corte, em cumprimento ao disposto no §1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 que afirma a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, vem regulando provisoriamente os temas levados à sua apreciação por meio do Mandado de Injunção, até que o Congresso Nacional legisle sobre as matérias.

Diante do MI 4.377/2012 o STF novamente deverá se manifestar acerca dos efeitos a serem atribuídos ao Mandado de Injunção, e para tal caso aguarda-se a confirmação da tendência concretista anteriormente firmada.

4 DIREITO, POLÍTICA E INCLUSÃO: o MI 4.377/2012 e a necessidade eficácia concretista

Como já se adiantou, o grupo LGBTT reiteradamente sofre atos de violência e discriminação em função da sua opção sexual. Tendo em vista o absurdo da situação, tramita no Senado Federal o PLC 122/2006, de autoria da Senadora

[123] MENDES; BRANCO, 2014, idem.
[124] MENDES; BRANCO, 2014, ibidem, p. 3964.
[125] BRASIL, 1988, op. cit..
[126] MENDES; BRANCO, 2014, op. cit., p. 3964.
[127] MENDES; BRANCO, 2014, ibidem, p. 3973.

Iara Bernardi. Mencionado projeto visa alterar a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências[128]. Esse projeto inclui entre as condutas típicas na Lei 7.716/89 aquelas que atentem contra gênero, sexo, orientação sexual e orientação de gênero, o que corresponde à tipificação dos crimes de homofobia e transfobia. Diante da não conclusão do projeto mencionado, muito embora ele já tramite há mais de treze anos no Congresso Nacional, a ABGLT impetrou o MI 4.377/2012, cujo o objetivo é:

> [...] obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser isto (a criminalização específica) um pressuposto inerente à cidadania da população LGBT na atualidade[129].

A tramitação do MI 4.377/2012 é ímpar, na medida em que houve mudança significativa nos rumos do processo, o que inseriu a reivindicação da ABLGT na arena política jurisdicional. Explica-se. Inicialmente, o PGR (Procurador Geral da República) manifestou-se contrariamente ao cabimento da ação, sob alegação de que não se encontravam presentes os requisitos objetivos para impetração do remédio constitucional, quais sejam: ausência do dever constitucional de legislar e ausência, também, da mora legislativa. *In litteris*:

> Mandado de Injunção. Suposta mora legislativa do Congresso Nacional na tipificação de delitos praticados em razão de homofobia e transfobia. Inexistência de mora legislativa quando já há projeto de lei em apreciação no Congresso Nacional. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Existência de legislação aplicável aos delitos

[128] BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei Complementar 122/2006 Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/servlet/PDFMateServlet?m=79604&s=http://www.senado.leg.br/atividade/materia/MateFO.xsl&o=ASC&o2=A&a=0> Acesso em: 24 set. 2014.

[129] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 4377/2012 – Decisão monocrática. Min. Relator Ricardo Lewandowski. J. 23.10.2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4733&classe=MI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em: 24 set. 2014, p.1.

praticados em razão de preconceito contra orientação sexual. Parecer pelo não cabimento do writ[130].

A Câmara dos Deputados e o Senado Federal também se manifestaram no sentido do não cabimento do *writ*. As alegações cingiram-se, assim como a do PGR, à falta de requisitos para o conhecimento do Mandado de Injunção. O Ministro Relator Ricardo Lewandowski acatou a manifestação pela improcedência da ação no dia 23/10/2013, alegando não haver expresso direito constitucional subjetivo dos impetrantes que estivesse sendo obstado de fruição em função de ausência de norma regulamentadora[131]. Afirmou ainda que a Corte tem posição pacífica sobre a necessidade dos requisitos objetivos para a concessão do MI e, assim sendo, não conheceu do Mandado de Injunção.

A ABGLT, irresignada com a decisão, interpôs agravo regimental em 01/11/2013. Acerca do pedido de reanálise da decisão, de forma inusitada, o PGR, em movimento reverso ao anterior, pugnou pela procedência do MI. O *Parquet* reconheceu a importância política do *writ* na medida em que por meio dele seria possível a tipificação da homofobia e da transfobia que, por seu turno, seriam instrumentos para salvaguarda dos direitos fundamentais dos gays, lésbicas e transgêneros. A ementa do parecer demonstra a modificação da postura ministerial:

> CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. HOMOFOBIA. PROTEÇÃO DEFICIENTE. MANDADO DE INJUNÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. CONHECIMENTO E PROVIMENTO.
> O mandado de injunção, na linha da evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, presta-se a estabelecer profícuo e permanente diálogo institucional nos casos de omissão normativa. Extrai-se do texto constitucional dever de proteção penal adequada aos direitos fundamentais (Constituição da República, art. 5o, XLI e XLII). Em que pese à existência de projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, sua tramitação por mais de uma década sem deliberação frustra a força normativa da Constituição. A ausência de tutela judicial concernente à criminalização da homofobia e da transfobia mantém o estado atual de proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado e de desrespeito ao sistema constitucional. Parecer pelo conhecimento e provimento do agravo regimental[132]

---

[130] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 4377/2012 – Decisão monocrática, op.cit, p. 2.
[131] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 4377/2012 – Decisão monocrática, ibidem, p. 3-4.
[132] BARROS, Rodrigo Janot Monteiro. Parecer no Mandado de injunção 4.733/DF (Agravo Regimental). 25/07/2014. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/combatehomofobia.pdf> Acesso em: 27 out. 2014, p. 1

O PGR pugnou pela procedência do agravo regimental para que a decisão fosse submetida ao plenário do STF, e quanto ao mérito, afirmou a necessidade de procedência no MI como instrumento de efetividade dos direitos fundamentais dos LGBTTs.

Na linha argumentativa pela procedência das questões de mérito do MI, o PGR defendeu ser o Mandado de Injunção mecanismo profícuo para estabelecer o diálogo institucional entre os poderes, em especial, o Legislativo e o Judiciário, no caso em comento. Reafirmou a teoria da proteção insuficiente como fundamento para a procedência do MI, e este é o ponto fulcral do presente artigo, que é corroborado pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Do ponto de vista dos direitos fundamentais, a controvérsia pode ser desenhada por duas vertentes: a primeira relaciona-se à falta de representatividade política dos LGBTTs, o que desemboca na não conclusão do procedimento legislativo do PLC122/2006 – ou seja, na impossibilidade de proteção dos seus direitos seguindo-se a dinâmica usual do procedimento legislativo; a segunda diz respeito à proteção insuficiente dessa (sub)classe que para ter seus direitos fundamentais resguardados necessita do abrigo do direito em um sentido de proteção devida[133], ou de não proteção insuficiente, o que perpassa, no caso em apreço, pela decisão de acolhimento do MI 4377/2012. Em verdade, ambas as posições redundam na necessidade de julgamento favorável ao *writ*, como medida constitucionalmente adequada para a concretização do direito fundamental à diversidade sexual.

Outro pano de fundo indispensável à análise do MI atine à interpretação do direito à igualdade, insculpido no art. 5º da Constituição da República. A igualdade ou isonomia tem duplo objetivo: busca propiciar uma garantia individual contra perseguições e buscar tolher favoritismos[134]. Assim, o respeito à isonomia se divide em três questões, a saber: i. elemento tomado como fator de desigualação; ii. correlação lógica abstrata entre o fator erigido em critério de discrímem e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; e iii. a consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional, e

---

[133] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgand, 1993, op. cit., p. 114.
[134] MELLO, Celso Antônio Bandeira. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 23.

consequentemente, juridicizados[135]. Assim sendo, para se respeitar o princípio da isonomia deve haver uma correlação lógica entre o fator de desigualação (idade, sexo, etnia, etc.) e o tratamento jurídico diferenciado, sendo que essa correlação deve estar de acordo com os preceitos constitucionais (o tratamento jurídico diferenciado de determinado grupo deve ser constitucionalmente permitido). A ausência da correlação lógica ou sua incompatibilidade com a Constituição resultará em violação inconstitucional da isonomia.

No caso em apreço, como já se demonstrou, não há proteção jurídica satisfatória ao público LGBTT, ou seja, eles não obtêm do Estado uma garantia individual contra perseguições. Ao contrário, todo o Ordenamento parece pautar-se no padrão heterormativo, o que demonstra um favoritismo em termos de manifestações de sexualidade, e proteção jurídica correlata ao fato. Essa representação social de modelos sexuais desemboca em atitudes hostis diante da manifestação da sexualidade do grupo LGBTT, considerada pela sociedade como denegridora da 'moral social'. Mesmo que essa pseudomoralidade seja falaciosa[136] e não represente a percepção da maioria, ela é vetor de tratamento diferenciado no sentido de discriminação em face das condutas homonormativas. Para combater esse tipo de tratamento, o Estado necessita agir, porque o silêncio – como no caso de uma não decisão concessiva do MI – implica em anuência à discriminação em vigor na sociedade atual. O dever de proteção[137] ou proibição de proteção insuficiente reclama que o Estado dispense meios aptos a repudiar agressão aos direitos fundamentais como narrado acima.

Assim, mais uma vez, parece que a única maneira de promover a mudança do contexto social é a decisão judicial concessiva do MI, na medida em que ela estabeleça a necessidade de respeito ao direito à diversidade. Na concepção da força normativa da Constituição, a concessão mencionada significa uma interpretação construtiva[138], que não só é cabível como aconselhável para hipóteses como a apresentada.

É certo que o Estado não deve definir padrões de sexualidade e também não deve auxiliar no entabulamento dessa espécie de referência. Todavia, o MI, do

---

[135] MELLO, Celso Antônio Bandeira, 2000, op. cit., p. 22.
[136] SARMENTO, Daniel, 2010, op.cit, p. 642; RIOS, Roger Raupp, 2006, op. cit, p. 95.
[137] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgand, 1993, op. cit., p. 116.
[138] HESSE, Konrad, 2002, op. cit., p. 23.

lado reverso, representa o direito à liberdade e à igualdade por meio da aceitação da diversidade. Se por meio do Poder Legislativo essa proteção não foi possível, cabe ao Poder Judiciário a tarefa de concretização dos direitos mencionados ou o público reivindicante se verá completamente alijado de direitos fundamentais que são da titularidade de qualquer ser humano.

O Estado quando silencia diante de uma demanda de proteção como esta corrobora com a discriminação. Em outras palavras, ele aceita o fenômeno democrático como ditadura da maioria, o que vai de encontro com a sua vinculação à proteção das minorias[139]. O silêncio aqui pode ser entendido como desvalor[140] em relação à opção sexual da pessoa, que é indiscutivelmente uma minoria. Esta minoria, ao contrário, não pode ser visualizada como mera massa oprimida que deve ser desconsiderada ou cuja vontade seja descartada, em especial quando o desacordo aventado seja substancial, como o é no caso em apreço. O constitucionalismo fraterno[141] apregoa, em contrapartida, a igualdade de oportunidades da minoria[142], em especial quando essa minoria não tem qualquer pretensão ou chance de tornar-se maioria. No mesmo sentido, Barroso[143] afirmou que "[...] o papel do Estado de Direito é o de acolher – e não o de rejeitar – aqueles que são vítimas de preconceito e intolerância". Assim, a tarefa do Judiciário não poderia ser outra que não auxiliar no desmantelamento da intolerância e discriminação social que fazem parte da realidade social.

CONCLUSÃO

Como se viu ao longo do artigo, o público LGBTT permanece alijado dos ornamentos sociais que permitem inclusão e compartilhamento da vida em sociedade em igualdade de condições ou de oportunidades. Indo além, eles sequer

---

[139] HESSE, Konrad, 1998, op.cit, p. 134.

[140] BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *In:* SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.667.

[141] Interessante a perspectiva do constitucionalismo altruísta defendido por Carducci. A autora estabelece um liame entre os direitos humanos e a necessidade de respeito às diferenças, tendo em vista os direitos que estariam protegidos de toda e qualquer possibilidade de desrespeito. Os direitos fundamentais, na mesma linha, quando integram a personalidade humana, devem por arrastamento serem protegidos dos desmantelamentos ou agressões que tendam a dilapida-los. Ver CARDUCCI, Michele, 2003, op. cit.

[142] HESSE, Konrad, 1998, op. cit., p. 134-135.

[143] BARROSO, Luís Roberto, 2010, op. cit., p.665.

são aceitos e tratados como se fossem ‘qualquer um’. Ou seja, são relegados. São a representação precisa de um grupo que ‘está dentro’ do Estado, muito embora não possa gozar de direitos que qualquer ser humano faz jus. Estão, assim, fatidicamente ‘fora’ da proteção jurídica e da inserção social.

Não restam dúvidas de que o fator discriminatório atinente ao grupo é simplesmente sua opção e manifestação da sexualidade. O motivo do repúdio é a quebra do paradigma heteronormativo, ou a possibilidade de outras manifestações sexuais que se afastam da considerada adequada ou usual. Eles não são vistos como pessoas, mas como ‘não-pessoas’, ou como ‘não-heterosexuais’, o que gera uma espécie de asco social.

Dentro das premissas de um Direito Constitucional fraterno, os direitos fundamentais ocupam o epicentro do sistema, o que significa dizer que todo o Estado volta-se para a concretização daqueles bens ou valores essenciais ao ser humano. Neste ínterim, se faz imperioso o reconhecimento dos direitos fundamentais à inclusão, à não discriminação em razão do sexo e à identidade de gênero. Tais direitos são o cerne debatido no MI 4.377/2012, que busca findar o processo legislativo referente ao PLC 122/2006 para tipificação dos crimes de homofobia e transfobia.

O mencionado MI deve ser considerado instrumento ímpar em prol da proteção da minoria LGBTT. As primeiras discussões sobre ele disseram respeito tão somente aos aspectos objetivos de sua impetração. Atualmente, todavia, o debate volta-se para o dever estatal de proteção daqueles que não conseguem, por si mesmos, emergir de uma situação de violência e discriminação. Assim, este artigo utilizou-se da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais para resgatar a teoria da proibição da proteção insuficiente como elemento eficaz de chancelar o deferimento dos pedidos carreados pelo Mandado de Injunção, sem olvidar da teoria do efeito concretista deste, já adotada e pacificada pelo STF.

É importante relembrar que o PLC 122/2006 encontra-se há mais de treze anos tramitando no Congresso Nacional, sem, contudo, ter sido finalizado. Não há também qualquer expectativa de que venha a sê-lo em período curto de tempo. Por tal razão, o efeito concretista do Mandado de Injunção se faz imperioso, sob pena de a proteção insuficiente ao grupo LGBTT permanecer.

Como minoria, o grupo LGBTT requer e merece amparo do Estado, haja vista que o constitucionalismo fraterno apregoa a inclusão e o acolhimento, e não a segregação e manutenção do *status quo* dominante. Sendo assim, resta a esperança de que a decisão do STF seja precursora dos novos caminhos que o constitucionalismo nacional já trilha, em prol da agregação e acolhimento do ser humano, tendo em vista a dignidade que cada ser possui.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

BARROS, Rodrigo Janot Monteiro. Parecer no Mandado de injunção 4.733/DF (Agravo Regimental). 25/07/2014. Disponível em: < http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/combatehomofobia.pdf> Acesso em: 27 out. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *In:* SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Orgs). Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 661-694.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 20 out. 2014.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei Complementar 122/2006 Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/servlet/PDFMateServlet?m=79604&s=http://www.senado.leg.br/atividade/materia/MateFO.xsl&o=ASC&o2=A&a=0> Acesso em: 24 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 / RJ. Rel. Min. Ayres Britto. DJ.14/10/2011. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> Acesso em: 20 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 4377/2012 –

Decisão monocrática. Min. Relator Ricardo Lewandowski. J. 23.10.2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4733&classe=MI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M> Acesso em: 24 set. 2014.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgand. Escritos sobre derechos fundamentales. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden: Nomos Verl.-Ges, 1993.

CARDUCCI, Michele. Por um direito constitucional altruísta. Trad. Sandra Regina Martin Vial, Patrick Lucca da Ros, Cristina Lazzarotto Fortes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DERRIDA, Jacques. Anne Dufourmantelle convida Jacques Derrida a falar de hospitalidade. Trad. Antonio Romane, São Paulo: Escuta, 2003.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KOMPATSCHER, Sabrina. Diversidade sexual sob a égide da Constituição Federal de 1988 e os direitos humanos no Brasil. *In*: STRAPAZZON, C.L.; GOMES, E.B; SARLET, I.W. Coleção direitos fundamentais e sociais na visão constitucional brasileira . E-Book. Tomo I. Curitiba: Instituto Memória, Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2014.

LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Debora. Homofobia, silêncio e naturalização: por uma narrativa da diversidade sexual. Revista Psicologia Política, v.8, n. 16, São Paulo, dez. 2008, p. 307-324.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. E-Book. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo. Trad. Peter Naumann. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E A TUTELA DO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO À LUZ DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA CIDADANIA

Elisabete Araújo Porto*

RESUMO: O superendividamento é um entrave individual com significativo alcance em três vertentes coletivas, a econômica, a social e a jurídica, assolando a dignidade do devedor e de sua família ao retirá-los do mercado de consumo e do convívio social, sem previsão de retorno senão mediante intervenção judiciária. Sua prevenção e tratamento reclamam normatização específica que efetivamente promova o restabelecimento da saúde financeira e, consequentemente, social dos afetados. Atualmente não há positivação no ordenamento jurídico brasileiro que assegure assepsia e tratamento, restando aos profissionais da área buscar, no colóquio entre normas diversas do direito, submetidas aos princípios fundamentais da Constituição Brasileira, recurso legal hábil a lidar com o problema na seara do concreto. O presente artigo procura analisar a viabilidade da utilização desse recurso mediante procedimento hermenêutico, em particular sob o prisma do diálogo das fontes, entremeado pelo direito à plena cidadania, extraindo deste a essência atribuível à norma infraconstitucional capaz de torná-la hábil e eficaz na defesa da tutela do cidadão superendividado.

Palavras-chaves: Superendividamento. Cidadania. Constitucionalização do direito privado. Defesa do Consumidor. Princípios legais.

RESUMEN: El endeudamiento es una barrera económica individual con un alcance significativo en tres hebras colectivos, sociales y legales, que asola la dignidad del deudor y su familia para sacarlos del mercado de consumo y la vida social, sin esperar retorno, pero a través de la intervención judicial. Su prevención y el tratamiento se quejan de regulación específica que promueve eficazmente la restauración de la salud financiera y, en consecuencia, afecta a la social. En este momento hay ningún positivación del sistema jurídico brasileño para garantizar la asepsia y el tratamiento, dejando a los profesionales se ven en la conversación entre

* Elisabete Porto é advogada, pós graduada em gestão organizacional pública pela Universidade Estadual da Bahia e mestranda em ciências jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba.

las diferentes normas de ley presentado a los principios fundamentales de la Constitución brasileña, recurso legal especializada para hacer frente al problema de la talla de lo concreto. En este trabajo se analiza la viabilidad del uso de este recurso a través del procedimiento hermenéutico, en particular, a través del prisma del diálogo de fuentes, intercalados con el derecho a la plena ciudadanía, la extracción de la esencia de esta atribuibles a la norma de infraestructura capaz de hacer que la defensa oportuna y eficaz tutela superendividado ciudadano.

Palabras clave: El sobreendeudamiento. Ciudadanía. La constitucionalización del derecho privado. Asuntos del Consumidor. Principios legales.

Introdução

O texto constitucional de 1988 trouxe, em seu preâmbulo e no artigo 1º, elencados a título de valores supremos da sociedade brasileira e de princípios fundamentais da República do Brasil, respectivamente, rol de preceitos essenciais, conjugados com valores éticos a serem observados na interpretação da norma infraconstitucional para aplicação concreta do direito. Laconicamente, nascia o constitucionalismo do direito brasileiro, segundo o qual, a observância referida deve preceder ao próprio caráter constitucional da norma, pois, estando ela em conflito com os ditames da Carta Magna, será invalidada sob a pecha de inconstitucional.

Examinadas à luz desse novo paradigma, as normas vigentes, notadamente as de direito privado, sobretudo até a última reforma do Código Civil, em 2002, eram representantes dos últimos baluartes do modelo puramente liberal de organização social e apresentavam incongruências com os valores éticos imersos no rol dos princípios constitucionais – frutos da adaptação do sistema jurídico nacional ao novo padrão do estado social –, necessitando serem readaptadas.

Diante disso, o legislador brasileiro se viu obrigado a esvaziar o caldeirão de normas genéricas contidas no Código Civil, especializando-as, e criar microssistemas alinhados com o recente modelo constitucional, atualizados para disciplinar temas surgidos a partir do avanço tecnológico, da globalização dos procedimentos de compra e venda de produtos e serviços e do alto grau de complexidade à que foram alçadas diversas relações tratadas pelo direito privado

tradicional. Este processo de descodificação, adaptando normas antigas e criando legislação especial, ambas submetidas aos princípios e valores éticos constitucionais, passou a se chamar de constitucionalização das normas do direito privado.

Neste panorama surge o Código de Defesa do Consumidor – CDC, minicodificação responsável por disciplinar as relações de consumo à luz do texto constitucional. Seus dispositivos e princípios buscam, prioritariamente, equiparar as forças entre destinatários dos produtos ou serviços e seus fornecedores, desequilibradas a partir da implantação do atual modelo de produção, onde apenas ao fabricante é dado o acesso aos meios de fabricação e, portanto, o conhecimento das qualidades reais do produto, e onde contratos são padronizados pelos fornecedores e aderidos pelo consumidor sem a garantia da sua livre manifestação de vontade.

Este instituto especializado, em razão de sua razoável eficácia em contrabalançar interesses antagônicos, é considerado um grande avanço na disciplina das relações de consumo, entretanto, mesmo diante da tutela garantida com sua edição, a prodigalidade das relações consumeristas em engendrar problemas inéditos para o legislador, patrocinada pelo consumo excessivo e facilidades na obtenção de crédito, vem forjando o aparecimento de novos fenômenos que desafiam regulamentação legal. Exemplo destes é o superendividamento. Problema individual que irrompe as fronteiras dos lares e alcança aspectos relevantes na economia local, na comunidade e no Poder Judiciário, uma vez que retira do mercado um consumidor, retira do convívio social uma família e farta o judiciário com ações de cobrança ou revisão contratual. Em razão da ausência de previsão legal, a solução desafia os profissionais do direito num verdadeiro malabarismo normativo para encontrar dispositivos legais que possam, por um viés constitucional, garantir a devida tutela jurisdicional ao consumidor devedor em situação de colapso.

O presente artigo relaciona o princípio da cidadania – um dos mais importantes recursos insertos na Constituição aptos a garantir a referida tutela – com a legislação infraconstitucional, apontando, na atual abrangência do seu conceito, justificativa capaz de robustecer a imprescindibilidade de prevenção e tratamento específicos ao superendividamento como forma de garantia da plena cidadania.

2 A constitucionalização do direito privado e a tutela do consumidor – breve reflexão

O advento do Estado Liberal, ou Estado Burguês, deixou como legado ao sistema jurídico ocidental o paradigma do constitucionalismo e da codificação das normas nos moldes em que conhecidos atualmente. Com efeito, o ordenamento sistemático das ideias de tripartição dos poderes, independentes e harmônicos entre si; da democracia representativa; da liberdade individual e da divisão clara entre Estado e a sociedade civil, sobretudo para coibir a ingerência do Poder Público no domínio econômico, floresceu e se ramificou a partir do pensamento iluminista.

No direito privado, cuja dicotomia com o público teve suas origens ainda no Direito Romano, as raízes liberais exaltaram a propriedade particular como bem absoluto. Com escopo de proteger-se do despotismo estatal institucionalizado, até então, pelo Estado Feudal, a concepção burguesa asseverava a salvaguarda da liberdade do cidadão garantindo-lhe o direito à posse e domínio de seus bens, sem interferência política do Estado. Os direitos fundamentais eram, pois, em sua natureza, limitações ao poder público e garantias de autonomia do individualismo.

No tocante às relações privadas, as Constituições da época desempenhavam função simplesmente garantidora da pacificação entre os indivíduos, promovendo-lhes a igualdade e liberdade jurídicas para que todos agissem de acordo com as suas próprias regras, segundo as concepções do *laissez-faire*, "as primeiras constituições, portanto, nada regularam sobre as relações privadas, cumprindo sua função de delimitação do Estado mínimo"[144], no dizer de Paulo Lobo. Com efeito, as Cartas Magnas eram relegadas a segundo plano na cena normativa vigente, onde o protagonismo pertencia às leis infraconstitucionais, codificadas, asseguradoras da autonomia da vontade do cidadão burguês liberal. Esse arcabouço legal, fruto da ordem mundial então em vigor, redundou no chamado *darwinismo jurídico*, termo forjado para definir a situação na qual cidadãos

---

[144] LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999, p.108.

mais vulneráveis economicamente são sobrepujados pelos mais fortes, gerando descontentamento face a ausência de justiça social.

Ao longo da história novas transformações sociais forçaram os sistemas jurídicos a evoluir, e o conjunto de normas, inicialmente fundadas em privilégios classistas, deram lugar aos preceitos fundadores do Estado Social, no século XX. Esse novo modelo organizacional buscava limitar não mais o poder político estatal, mas os setores econômicos, passando a interferir definitivamente na esfera privada como regulador em defesa dos direitos coletivos, forjando o cenário para surgimento do *dirigismo estatal,* nomenclatura dada, grosso modo, à intervenção estatal para garantir a equidade e o equilíbrio nas relações contratuais.

O Estado ganhou força para promover a tutela de interesses sociais e o fez a partir dos textos das novas Constituições surgidas depois da Segunda Guerra Mundial, a exemplo das Constituições alemã, italiana e, mais tarde, portuguesa e espanhola que, sob inspiração do modelo americano, inauguraram a constitucionalização de direitos fundamentais. O direito privado, em sentido contrário, seguia agarrando-se à sua origem liberal clássica, mantendo leis garantidoras do individualismo jurídico, confrontando-se com a nova ordem normativa que agora, ao contrário do período de domínio burguês, privilegiava a Carta Magna, sobrepondo-a à legislação infraconstitucional e atribuindo-lhe força principiológica. Neste sentido, sintetiza Paulo Lobo:

> Enquanto o Estado e a sociedade mudaram, alterando substancialmente a Constituição, os códigos civis continuaram ideologicamente ancorados no Estado liberal, persistindo na hegemonia ultrapassada dos valores patrimoniais e do individualismo jurídico.[145]

Com efeito, as mudanças sociais, refletidas nas Constituições, protagonizaram tendência à descodificação do direito privado e, na disputa de poder, a manutenção da histórica dicotomia público-privado perdeu força. Os Códigos passaram a ser considerados óbices à efetivação do direito civil diante da atual complexidade das relações de consumo, das alterações nas relações familiares, dos avanços tecnológicos e do surgimento de conceitos como sustentabilidade e meio

---

[145] LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999, p. 109.

ambiente, desviando da propriedade privada a qualidade de bem jurídico supremo, agora transferida à pessoa humana.

Consolidada a descodificação do direito privado, com o esvaziamento da estrutura centralizadora do Código Civil e a criação de microssistemas jurídicos para regulamentação de matérias anteriormente inseridas genericamente naquele instituto legal, cristalizou-se a constitucionalização das leis infraconstitucionais, estabelecendo o entendimento de que já não basta ser a norma invariavelmente interpretada conforme a Constituição no momento da sua aplicação ao caso concreto, a própria constitucionalidade da norma é exigida e está subordinada à observação dos princípios fundamentais da Carta Magna, revelando assim a função garantidora dessas normas ordinárias em efetivamente promover as transformações dos padrões clássicos para os chamados sociais, propostas pelo novo constitucionalismo. Neste sentido, Paulo Lobo.

> A constitucionalização do direito civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico formal. Constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o direito civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social.[146]

As novas Constituições passaram assim ao papel de protagonistas, fiadoras de direitos básicos essenciais ao ser humano – dignidade, liberdade, cidadania, igualdade, etc. – no âmbito material e não apenas virtual, por meio de preceitos positivados aptos a intervir na esfera privada para assegurar concretamente as liberdades formalmente previstas em seu texto. Sobre o tema, e comentando a Constituição Brasileira de 1988, Gustavo Tepedino aduz:

> Com efeito, ao eleger a dignidade humana como valor máximo do sistema normativo, o constituinte exclui a existência de redutos particulares que, como expressão de liberdades fundamentais inatas, desconsiderem a realização plena da pessoa.[147]

Assim, a incompatibilidade do direito civil – generalista – com os princípios consagrados na nova Carta Magna, desconectou-o dos desígnios, agora

---

[146] LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999, p. 108.

[147] TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia na relações jurídicas privadas? In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Org. **A construção dos novos direitos.** Nuria Fabris Editora, Porto Alegre: 2008, p. 128.

fundamentais, voltados à realização da pessoa humana, gerando a necessidade de criação de microssistemas perfilhados com a identidade constitucional, onde a pessoa humana passa a ser considerada o bem jurídico principal, a partir de quem os demais bens jurídicos são regulados.

Deste modo, o direito privado é atualmente observado sob uma perspectiva social, garantidos os direitos individuais desde que respeitados os limites do bem comum e em proveito da maioria. O individualismo dá lugar ao interesse geral. A proteção ao ser humano com vistas a promover-lhe uma vida digna, entra, então, em contraste com os interesses privatistas e, na apreciação do caso concreto, assume relevância patente sobre eles.

Neste diapasão, o constitucionalismo do direito privado trouxe severas alterações no paradigma liberal dos contratos de consumo, impondo adaptação à ordem econômica promovida pelo Estado Social. O tratamento dado aos contratos em geral pelo Código Civil, sob os auspícios liberais, afastava a ideia de equilíbrio entre as partes ao desconsiderar a existência de eventual vulnerabilidade em um dos polos da relação, e isto confronta os desígnios da atual Constituição. Neste sentido, Paulo Lobo reflete sobre o contrato no Código Civil, mais especificamente anterior a 2002:

> O Código contempla o contrato entre indivíduos autônomos e formalmente iguais, realizando uma função individual. Refiro-me ao contrato estruturado no esquema clássico da oferta e da aceitação, do consentimento livre e da igualdade formal das partes.[148]

A superação desse modelo, em alguns casos, impôs-se diante da nova ordem constitucional e foi observada pelo ilustrado autor:

> As funções do Código esmaeceram-se, tornando-o obstáculo à compreensão do direito civil atual e de seu real destinatário; sai de cena o indivíduo proprietário para revelar, em todas suas vicissitudes, a pessoa humana. Despontam a afetividade, como valor essencial da família; a função social, como conteúdo e não penas como limite, da propriedade, nas dimensões variadas; o princípio da equivalência material e a tutela do contratante mais fraco, no contrato.
> Assim, os valores decorrentes da mudança da realidade social, convertidos em princípios e regras constitucionais, devem direcionar a realização do direito civil, em seus variados planos.[149]

---

[148] LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999, p. 107.
[149] LOBO, Paulo Luiz Netto. ***Op. Cit.***, p. 108.

Sob esse novo paradigma, a autorregulação das relações interprivadas ditada por preceitos liberais tornou-se incompatível com o exercício da cidadania plena, obrigando o legislador a viabilizar a equiparação de forças nas relações contratuais, sobretudo entre consumidores e fornecedores, por meio de novas e atuais regras. Assim, cumprindo determinação constitucional, inaugurou-se a minicodificação de normas reguladoras das relações de consumo – o Código de Defesa do Consumidor – retirando da esfera privada a tutela dos negócios de compra e venda de bens e serviços, reservando-lhe uma proteção mais coadunada com os preceitos constitucionais.

Pese referida medida ter se revelado um avanço expressivo na busca pelo equilíbrio das relações de consumo, a dinâmica havida nestas negociações, envolvendo bens, serviços, fornecedor, produtor, comprador, destinatário final, e consumidor equiparado, extrapolou os limites previsíveis pelas novas normas reguladoras e fenômenos como hipervulnerabilidade e superendividamento passaram a evidenciar ausências significativas na citada legislação.

Com efeito, o tratamento profilático do consumidor com vistas a evitar-lhe o endividamento excessivo, ou a intervenção para recuperação da sua saúde financeira, só são possíveis, atualmente, por meio dos recursos disponibilizados na legislação ordinária em subordinação aos preceitos da Constituição Federal. O CDC oferece tutela especial, mas não específica. Diante da precariedade das normas infraconstitucionais positivadas em absorver problemas de proporções ímpares como os citados, recorre-se aos princípios constitucionais para, por meio de suas garantias, utilizando-se ainda o chamado diálogo das fontes, aplicar ao caso concreto a tutela necessária.

De fato, os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e da garantia da cidadania plena são alguns dos recursos aptos a aconselhar o magistrado na apreciação de problemas para os quais pende positivação legal. Neste sentido, citação de Gustavo Tepedino aduz que “a possível agressão à dignidade da pessoa humana, só por si, configura matéria de ordem pública, cuja solução há de ser dada, no caso concreto, pela magistratura, sem necessidade de

específica disciplina infraconstitucional"[150]. Note-se que, no tocante ao superendividado, é ele um cidadão banido do mercado de consumo e da vida social, o que fere mortalmente sua dignidade. Ferida em sua dignidade e desprovido do acesso à compra, tem fatalmente comprometida a realização de sua cidadania plena. Assim, é possível reconhecer-lhe o direito a uma proteção jurídica específica a partir do reconhecimento do seu direito de cidadão, como restará claro a seguir.

Evolução do conceito de cidadania

Antes de examinar a relação entre o princípio constitucional da cidadania e o dever de tutela ao superendividado, convém esboçar uma breve análise histórica desse termo para melhor apreensão de sua dimensão. É difícil datar com precisão o surgimento do vocábulo cidadania. Segundo alguns autores, como John G. A. Pocock[151], sua síntese remonta às antigas civilizações clássicas mediterrâneas da Idade Antiga, quando era vinculado à vida em sociedade numa perspectiva republicana.

Naquela época, de acordo com a concepção aristotélica, definidora do caráter distintivo do conceito clássico de cidadania, observado na civilização helênica, o termo era político e destacava a atuação do indivíduo na esfera pública, qualificando-a como fator essencial para a própria condição de cidadão. Essa atuação não era conferida a todos as pessoas e se manifestava na ingerência sobre os rumos da sociedade. Requisitos como desnecessidade de trabalhar para sobreviver, já que a tarefa de opinar sobre a vida comum exigia exclusividade, eram limitadores da condição de cidadão, fazendo com que praticamente apenas os proprietários de terras pudessem desfrutar de seu prestígio. Escravos, mulheres e estrangeiros estavam excluídos.

Esta concepção considerava determinantes os aspectos político e social de cidadania e manteve-se prevalente até a Idade Média. Conforme Lage de Resende e Morais *apud* Wilba L. M. Bernardes "A cidadania era para os gregos um

---

[150] TEPEDINO, Gustavo. **A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia na relações jurídicas privadas?** In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Org. A construção dos novos direitos. Nuria Fabris Editora, Porto Alegre: 2008, p. 158-160.

[151] POCOCK, J. G., A. The ideal of citizenchip since classical times. In: BEINER, Roland (Ed.) **Theorizing citizenship**. Albany: State University of New York Press, 1995.

bem inestimável. Para eles a plena realização do homem se fazia na sua participação integral na vida social e política da Cidade-Estado"[152].

A par das ideias gregas, os romanos defendiam uma filosofia voltada para o mundo das coisas, pessoas e ações, cujas relações eram disciplinadas por normas legais. Naquela sociedade, cidadão era o indivíduo que participava de uma ordem jurídica institucionalizada. Relativamente mais avançado do que o conceito grego, porque traduzida numa perspectiva legal e não apenas política, a cidadania romana, entretanto, como na sociedade helênica, era restrita aos homens socialmente mais elevados, os *patrícios*. Neste contexto, relata John G. A. Pocock, "a cidadania torna-se, pois, um *status* legal, trazendo consigo direitos relacionados a determinadas coisas, posses, imunidades, expectativas"[153]. A cidadania romana envolvia a capacidade para exercer direitos políticos e civis, era portanto jurídica.

A influência dessas civilizações antigas, ensina o autor, deixou uma herança de divisão na concepção de cidadania do Ocidente, podendo esta ser representada por um constante diálogo entre a fórmula grega e a romana, ou seja, entre a interação de indivíduos entre si, e com as coisas. Da herança grega, a definição de cidadania manteve estreita ligação com a política. Isto explica as significativas oscilações conceituais que o sofreu ao longo da história, conforme o contexto socioeconômico e as circunstâncias geográficas nos quais o termo fora utilizado. Da tradição romana, que enfatizava a cidadania como resultado de um sistema legal, reconhecendo o direito de propriedade, entre outros, criou-se as bases para a formulação de uma política liberal.

Na Idade Média, com a decadência do Império Romano, o conceito de cidadania esmaeceu, experimentando um dos seus períodos de declive diante das relações sociais de natureza servo-contratual forjadas na ascensão do clero ao poder, e pelo feudalismo. O termo cidadão não mais era reconhecido e a estrutura social, baseada em classes hierarquizadas, sequer permitia alusão ao significado de cidadania, sendo sua condição limitada pelos retrocessos experimentados na chamada *Idade das Trevas*.

---

[152] BERNARDES, W. L. M. **Da nacionalidade**: **Brasileiros natos e naturalizados**. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 23.
[153] POCOCK, J. G., A. ***Op. Cit.***, p. 31.

Esse estado das coisas perdurou até a Idade Moderna quando começou a decadência do feudalismo e o clero perdeu fôlego. No final desse período, as revoluções burguesas reestruturaram definitivamente a distribuição do poder, promovendo significativas mudanças políticas e sociais na ordem mundial vigente, engendrando a formação das nações modernas. O despontar de importantes pensadores fez surgir o Iluminismo, movimento cultural que redefiniu, entre outros, o conceito de cidadania, ampliando-o e o estendendo, relativamente, ao povo, tornando este um período de grande transição na história da humanidade. Embora renascido, o conceito de cidadania, traduzindo o pensamento político da época, ainda limitava sua abrangência, como observa J.M. Barbalet:

> (...) a concessão de cidadania para além das linhas divisórias das classes desiguais parece significar que a possibilidade prática de exercer os direitos ou as capacidades legais que constituem o status do cidadão não está ao alcance de todos que os possuem.[154]

Surgida nessa época, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789) sintetizou os ideais iluministas de igualdade, numa perspectiva moderna, burguesa e liberal, ampliável à toda a humanidade. Neste sentido, sintetiza T.H. Marshall "quando a liberdade se fez universal, a cidadania passou de instituição local à instituição nacional"[155]. Tal concepção inspirou, mais recentemente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (Nações Unidas, 1948) que busca, não textualmente, mas por meio da previsão de direitos considerados básicos da pessoa humana, considerar o respeito à cidadania.

No século passado, a ocorrência das duas Grandes Guerras forjou expansão na abrangência desse termo. Diante do temor de novas revoluções motivadas pela insatisfação popular em razão das desigualdades promovidas pelas concepções individualistas clássicas, o Estado Liberal cedeu prestígio aos ideais do Estado Social – voltado para o incremento do bem estar da população – robustecendo os aspectos político-sociais do conceito de cidadania, na intenção de efetivamente estender sua condição a todos os indivíduos. A ideia era, segundo J.M. Barbalet, "suavizar o mal que as desigualdades econômicas causam aos indivíduos, colocando uma rede de proteção de política social por baixo dos

[154] BARBALET, J. M. **A cidadania.** Lisboa: Editorial Estampa, 1989, p. 13.
[155] MARSHALL, T. H. Cidadania, classe social e status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 69.

desfavorecidos"[156]. Embora a derrocada dos projetos de bem-estar-social (na concepção original) tenha sido inevitável em razão de fragilidades estruturais que apresentavam e diante das oscilações mundiais, o conceito de cidadania manteve-se ampliado.

Como visto, por toda a extensão da história, o significado de cidadania mostrou-se dinâmico e resultante de sucessivas conquistas populares. Os direitos referentes aos cidadãos foram ampliados ou reduzidos em razão das limitações oferecidas pelas disparidades classistas. Estas aliás, representam, até os dias atuais, o ponto crucial que alimenta a controvérsia em torno de uma concepção definitiva para o vocábulo, eis que os autores liberais, os materialistas históricos ou os contemporâneos propõem, todos a seu modo, uma definição de cidadania que submeta seu significado ao ideal político por eles defendido.

No Brasil, a construção da cidadania e a definição de sua abrangência também se deu por meio de lutas reivindicatórias, ocorridas ao longo da história, nas quais houve vários tropeços e avanços significativos, surgindo primeiro e mais intensamente como palavra representativa de direitos políticos.

Segundo José Murilo Carvalho, nos dias atuais "pode-se dizer que, dos direitos que compõem a cidadania, no Brasil são ainda os civis que apresentam as maiores deficiências em termos de seu conhecimento, extensão e garantias"[157]. Cidadania, segundo esse autor, refere-se ao "exercício pleno dos direitos políticos, civis e sociais e a uma liberdade completa que combina igualdade e participação numa sociedade ideal, talvez inatingível"[158], abrangendo aspectos não apenas jurídicos, mas sociológicos, da vida em comunidade. Com efeito, atualmente, e de modo geral, a síntese de cidadania a vincula estreitamente às garantias inerentes aos direitos humanos, com ampla abrangência e cujo escopo é assegurar uma efetiva vida humana digna, conforme se pode constatar na definição de cidadão, por Jaime Pinsky e Carla Bassanezi Pinsky:

> Ser cidadão é ter direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei: é, em resumo, ter direitos civis. É também participar no destino da sociedade, votar, ser votado, ter direitos políticos. Os direitos civis e políticos não asseguram a democracia

---

[156] BARBALET, J. M. ***Op. Cit**.,* p. 76.
[157] CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil. O longo Caminho**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 210.
[158] *Idem* e *ibidem.*

> sem os direitos sociais, aqueles que garantem a participação do indivíduo na riqueza coletiva: o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, a uma velhice tranquila. Exercer a cidadania plena é ter direitos civis, políticos e sociais.[159]

Na contramão do ideal de cidadania veem-se a segregação social, a humilhação e a discriminação a que estão sujeitos os superendividados, excluídos das relações comerciais e comunitárias, tolhidos do convívio familiar, desprovidos de condições mínimas de bem-estar econômico, respondendo por uma vasta diversidade de prejuízos. Nesse contexto, o superendividamento se converte num entrave à realização da plena cidadania e sua atual condição epidêmica deve ser tratada como problema de ordem social.

O princípio constitucional da cidadania como pressuposto da tutela do consumidor superendividado

No Brasil, a busca por uma plena cidadania trouxe conquistas relevantes ao longo da história: o voto feminino, a transição democrática, as eleições diretas, etc., entretanto, até a promulgação da Carta Magna de 1988, essa prerrogativa era considerada um propósito a ser atingido, não um precedente necessário à realização de fatos ou circunstâncias almejadas, como no dizer de Tércio Sampaio Ferraz Junior, a cidadania era "encarada como fim, como objeto a realizar-se no futuro, não como base e pressuposto"[160]. Isso tornava vaga sua compreensão e incerta sua realização.

A Constituição Cidadã, assim batizada por Ulisses Guimarães, pretende estender a todos os indivíduos os direitos e garantias básicos da cidadania, conforme exposto pelo então Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em seu discurso na seção de 27 de julho de 1988, quando afirmou que "cidadão é o usuário de bens e serviços do desenvolvimento. Isso hoje não acontece com milhões de brasileiros, segregados nos guetos da perseguição social"[161]. No

---

[159] PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (Orgs). **História da Cidadania**. 2ª Ed. São Paulo: Contexto, 2003, p. 09.
[160] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito e cidadania na constituição federal.** Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev1.htm Acesso: fev/2013.
[161] GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso em seção na Assembleia Nacional Constituinte,** 27 de julho de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_62/_panteao/panteao.htm Acesso em 29 de janeiro de 2014.

discurso de promulgação da Carta Maior, em 05 de outubro de 1988, Ulysses Guimarães exaltou o combate à pobreza extrema, em razão de suas devastadoras consequências, como essencial para a concretização do referido ideal constitucional:

> O inimigo mortal do homem é a miséria. Não há pior descriminação do que a miséria. O estado de direito consectário da igualdade, não pode conviver com estado de miséria. Mais miserável do que os miseráveis é a sociedade que não acaba com a miséria.[162]

Especialmente porque o texto constitucional se volta em definitivo para a realização da plena cidadania, relacionada como um dos fundamentos do Estado Brasileiro é que, conforme José Afonso da Silva[163], direitos erigidos a princípios constitucionais evidenciam avanço na concretização dessa condição.

Com efeito, o conceito de cidadão fora ampliado pela Constituição Federal, extrapolando definitivamente históricos limites de ordem política para abranger aspectos sociais da vida humana, conforme ensina o iminente professor José Afonso da Silva, aduzindo que a Carta Magna dispõe de cidadania

> num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXVII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. E aí o termo conexiona-se com o conceito de soberania popular (parágrafo único do art. 1º), com os direitos políticos (art. 14), e com o conceito de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), com os objetivos da educação (art. 205), como base e meta essencial do regime democrático.[164]

Diante da abrangência do dispositivo, nota-se que estando o cidadão submetido a situações humilhantes, de desamparo e exclusão em razão de dívidas de consumo, não se pode falar em plena cidadania, ferido que está, mortalmente, o princípio fundamental da dignidade humana, um de seus axiomas, como se verá. Por outro lado, uma vida cidadã pressupõe valores voltados para o exercício de direitos civis, políticos e sociais, traduzidos no direito à liberdade, à segurança, ao

---

[162] GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso em seção na Assembleia Nacional Constituinte**, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.fundacaoulysses.org.br/wp-content/uploads/2012/11/biblioteca000019.pdf. Acesso em 30 de janeiro de 2014.

[163] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 104.

[164] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 104, 105.

bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça, notados desde o preâmbulo da Carta Magna de 1988:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

A liberdade aparece como um direito de natureza civil, referido no texto preambular e garantido por inúmeros dispositivos intraconstitucionais (art. 5º, *caput* e incisos VI, XVII, XLI, LIV, LXVIII; LXXII; art. 206, II; art. 220, etc.) onde pode ser compreendida em caráter amplo como o direito à independência ou o direito de estar o indivíduo desimpedido, efetivamente, para desenvolver-se em sua plenitude.

A segurança, também citada no referido texto, possui natureza social e vem expressa nessa ordem normativa na qualidade de garantidora de direitos e estabelecedora de deveres a serem observados não apenas nas relações do Estado com o cidadão, mas nas relações dos cidadãos entre si. Assegura harmonia e tranquilidade à convivência por meio da manutenção da ordem pública. Além de representar valor fundamental elencado no preâmbulo, é garantida em dispositivos intraconstitucionais (artigo 5º, *caput,* artigo 6º *caput,* etc.).

O bem estar e o desenvolvimento, elementos da cidadania igualmente referidos no preâmbulo constitucional, relacionam-se um ao outro de modo que a existência de um implica na eficiência do outro. O bem estar sem desenvolvimento é inexistente. O desenvolvimento, por sua vez, para que promova o bem estar objetivo, deve ser amplo, extensivo aos aspectos econômicos, sociais, ambientais e culturais da sociedade e assim vem previsto em inúmeros artigos do texto constitucional (art. 3º, II; art.5º *caput* e incisos XXVI, XXIX; art. 21, IX, XX; art. 23, XII, parágrafo único; art. 43, etc.), onde estão referidos como objetivos primazes da ordem social.

Igualdade, componente desse enunciado, é um princípio que visa não apenas assegurar a todos um tratamento igualitário perante a lei, mas vedar qualquer forma de discriminação, repercutindo na esfera individual e social. É o

primado da isonomia formal e material. Esse dispositivo finca suas raízes no direito liberal, onde se relaciona com o direito de liberdade perante o Estado. É também encontrado em vários artigos ao longo do texto constitucional (art. 3º, III; art.5º, caput e incisos I, XXXIV, art.14, art.43; art.206, I; etc.).

E, por fim, a justiça, outro elemento constitucional ao qual é atribuído valor supremo numa sociedade conforme ao direito. É por meio dela que a cidadania é realizada ou restabelecida. Tércio Sampaio Ferraz Júnior a sintetiza como sendo a

> Afirmação de um sentimento de inconformismo perante certas diferenças (valor igualdade), perante arbitrariedades (valor segurança), perante a miséria (valor bem-estar), perante a apatia (valor desenvolvimento), perante a negação da dignidade da pessoa como um ser capaz de autodeterminar-se e de participar na realização do bem-comum (valor liberdade).[165]

A justiça é, assim, capaz de organizar todos os demais valores, conforme o autor, como desafio e realização. Por sua abrangência e essencialidade está para a cidadania assim como a luz está para a fotossíntese, como promovedora e garantidora de sua existência.

No texto constitucional são elencados outros cinco dispositivos reconhecidos como fundamentais e convertidos em princípios constitucionais. Expressamente entre eles está a cidadania que, pela relevância, resumiu a índole da Constituição, conforme batismo de Ulisses Guimarães. Entre os demais, e em razão da amplitude do atual conceito de cidadania, o princípio da dignidade da pessoa humana pode a ele convergir. No dizer de José Afonso da Silva, "dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida"[166] e compõe, indubitavelmente, o escopo do conceito de cidadania.

É nesse contexto de abrangência do seu significado que a cidadania assume a condição de pressuposto da tutela ao consumidor superendividado. Para tornar possível sua realização plena no âmbito individual, esse devedor busca no

---

[165] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito e cidadania na constituição federal.** Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev1.htm Acesso: fev/2013.

[166] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 104.

ordenamento jurídico positivado a resposta jurisdicional que seu problema merece, como será a seguir analisado.

O ordenamento jurídico nacional como instrumento de realização da cidadania

O sistema brasileiro de normas não dispõe de legislação específica que discipline o superendividamento, como já dito. Por esta razão, para regular as relações consumeristas afetadas por esse fenômeno, a jurisprudência vem buscando apoio na Constituição Federal, no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e demais legislação pertinente, as quais, embora limitadas, fornecem mecanismos utilizáveis na devida tutela.

Enquanto pendente de positivação, o superendividado tem garantido, primeiramente, o direito à resposta do Estado aos seus anseios por justiça. A norma constitucional prevê o princípio basilar do direito do cidadão à prestação jurisdicional, perfilhado pelo dever do Estado de fornecer esta prestação, sempre que tal mister lhe for solicitado. A lei infraconstitucional assim também o assegura expressamente ao vedar ao magistrado deixar de julgar a lide ou pronunciar o *non liquet*, por qualquer razão que seja. Assim, ao Poder Judiciário é imposto o dever de prestar a tutela jurisdicional.

Em seguida, lhe é garantido um julgamento justo no sentido de estar de acordo com os princípios fundamentais que regem as relações jurídicas no Estado brasileiro. No tocante à norma material aplicável, seu direito à resposta judicial também está assegurado, qualquer que seja ela. A omissão de regramento específico, a ineficácia de leis pendentes de regulamentação ou qualquer outra escusa, não podem impedir o juiz de praticar o seu ofício.

O superendividamento atualmente se enquadra nas hipóteses previstas pelo legislador como aquelas decorrentes da vasta possibilidade de conflitos que podem surgir numa sociedade, pelas mais diversas razões, e que ainda não estão amparadas por normas positivadas. Para esses casos o sistema de legalidade dotou o aplicador da lei de instrumentos aptos a solucionar as omissões normativas, a exemplo da *integração de lacunas nas normas*, recurso previsto na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, que possibilita ao magistrado

utilizar-se dos recursos da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito para resolver o conflito sobre o qual pende normatização específica. Os valores inerentes à equidade também podem ser invocados no suprimento das ausências legais, entretanto, apenas sob certas condições.

A integração de lacunas nas normas prevê a analogia que, suscintamente pode ser entendida como possibilidade de aplicar a um caso semelhante, não previsto em lei, a mesma solução aplicável a outro, este sim com previsão legal. Costumes, também utilizados na integração de lacunas, são, além de integradores, fontes do direito. Quando praticados de forma reiterada, podem servir de subsídio legal. O juiz, observando que a própria comunidade criou regras para lidar com o problema específico, não disciplinado normativamente, adota-as como solução. Os princípios gerais do direito, outro instrumento integrador, são as diretrizes observadas na construção do sistema jurídico vigente, as regras genéricas do arcabouço legislativo, nem sempre positivados mas facilmente apreensíveis pelo senso judicial.

A par da integração das lacunas da lei o magistrado pode ainda socorrer-se do mecanismo hermenêutico da interpretação extensiva, também apta como meio de preenchimento da omissão legal. Diferentemente da analogia, embora com ela guarde semelhanças estruturais, a interpretação extensiva parte de uma lei parcamente redigida e amplia seu alcance para casos que nela deveriam estar previstos, mas não estão. Fred Didier, considera "lícita a interpretação extensiva, que se limita a revelar o verdadeiro alcance da norma, quando a lei *minus dixit quam voluit*"[167].

Note-se que no ofício de estender o alcance de uma norma, o intérprete da lei deve manter seu entendimento vinculado ao texto constitucional, submetendo-o à chamada interpretação conforme para, segundo Eduardo Appio[168], traduzir leis infraconstitucionais compatibilizando-as com o conteúdo expresso na Carta Magna. Com efeito, diante da multiplicidade de significados que se possa dar a uma norma infraconstitucional, o intérprete deve eleger o sentido que lhe garanta constitucionalidade, conservando-a válida no ordenamento jurídico.

---

[167] DIDIER Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento.** Bahia: Editora JUSDIVM, 2007, p. 35.
[168] APPIO, Eduardo. **Interpretação conforme a constituição**. Curitiba: Juruá, 2011.

A escolha pelo instrumento integrador – ou pela interpretação extensiva – na apreciação de casos concretos onde há lacuna da lei é ditada pela melhor adequação. Assim, no julgamento de casos onde se apresente o superendividamento, o magistrado utilizará a legislação vigente, suprindo suas carências por meio das técnicas pertinentes, à luz dos princípios constitucionais garantidores da realização da plena cidadania.

Como relatado, as normas para disciplina do superendividamento ainda estão em fase de discussão no Congresso Nacional (PL nº 283/2012). Isso obriga os profissionais do direito a utilizarem fontes alternativas do ordenamento para lidarem com o problema cada vez mais presente nos tribunais pátrios. Atualmente a Constituição Federal, o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, num colóquio harmonioso, fornecem mecanismos utilizáveis no amparo ao superendividado, embora insuficientes, por inespecíficos.

A Carta Magna socorre esse devedor ao assegurar a toda pessoa humana o direito a uma vida digna com respeito a condições mínimas e apropriadas de sobrevivência. Referido direito vem lastreando decisões judiciais limitadoras da penhora de valores destinados à sobrevivência do inadimplente e sua família, como o salário ou a caderneta de poupança, esta, até o limite de 40 salários mínimos, nas execuções para cobrança de dívidas.

No tocante ao Código Civil, já foi dito alhures que até o advento do CDC, em 1991, as relações comerciais no Brasil eram disciplinadas majoritariamente por este sistema jurídico geral, voltado a regular demandas de direito privado entre pares equivalentes. Considerando sua generalidade e diante das mudanças econômicas e do grau de complexidade à que o consumo foi alçado, colocando o comprador em posição extremamente vulnerável diante do fornecedor, esse sistema não bastava para disciplinar as relações consumeristas.

Com efeito, a sofisticação alcançada por estas relações apontava para a necessidade de conferir aos particulares direitos entre si referentes à cidadania e seu amplo espectro, inclusive no interesse das massas. Assim, a edição do Código de Defesa do Consumidor deveu-se à busca por equacionar as forças com que cada sujeito da arena consumerista defende seu quinhão. Esse microssistema representa uma enorme evolução em relação ao sistema anteriormente em vigor e, por sua

eficiência, muitas vezes o influencia. Sobre o tema, reflete Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

> O Código de Defesa do Consumidor regula uma relação específica e tem seus princípios e regras. Por um paradoxo nosso, por uma situação muito especial do Brasil, esse microssistema – que normalmente deveria ser influenciado pelos princípios do sistema – na verdade terminou influenciando o sistema maior de Direito Privado, porque o que tínhamos era extremamente desatualizado, reproduzindo ideias de mais de duzentos anos.[169]

As relações de consumo disciplinadas pelo CDC são amplas, envolvendo praticamente todos os contratos de compra e venda de bens e serviços postos em circulação no comércio. Não é que se tenha excluído o Código Civil dessa disciplina, mas, sua ingerência foi substancialmente diminuída ou relegada a consulta subsidiária. Permanecem, por exemplo, sob suas regras, os contratos de *factoring* que, por não ser um serviço voltado ao consumidor final, não se sujeita às regras do Código Consumerista.

Pondere-se, então, que o Código Civil atual também é utilizado, embora de maneira subsidiária, no socorro ao consumidor superendividado. Alçando a boa-fé ao nível de princípio norteador da melhor interpretação dos negócios jurídicos, ele fornece a base legal para revisão de cláusulas contratuais abusivas que, muitas vezes, são as grandes responsáveis pela incapacidade de pagamento. Aliado a essa orientação, referido instituto veda o abuso de direito nos contratos, equiparando-o à prática de ato ilícito. Este dispositivo autoriza ao magistrado dispensar prova de ocorrência de dano para revisar ou, inclusive, anular cláusulas contratuais que tornem a prestação excessivamente onerosa para o devedor. O Código Civil resguarda, ainda, o respeito aos limites do fim econômico-social, da boa-fé e dos bons costumes no contrato. A inexistência desses pressupostos também possibilita a anulação de cláusulas contratuais consideradas prejudiciais ao consumidor.

Entretanto, é o Código de Defesa do Consumidor, sem dúvida, o mais apropriado arcabouço legal apto a ceder dispositivos especiais do direito para a tutela do consumidor. Seus artigos e princípios, embora sem tratar particularmente do problema do endividamento, permitem ao magistrado promover certo tratamento ao consumidor devedor. Observa-se que nele o legislador buscou identificar cada

---

[169] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, CJF (Série Pesquisas do CEJ: 11), 2003, p. 235.

ato pertinente ao fornecedor para, pormenorizadamente, ordená-lo e submete-lo à observação de preceitos disciplinadores da prática comercial. Por outro lado, instrumentalizou o magistrado com ferramentas hábeis a reconhecer a vulnerabilidade do consumidor e promover, com eficiência, a proteção do mais fraco. Frise-se que proteger não é o mesmo que tornar inimputável. O CDC busca oferecer meios para a equiparação das forças e não sua inversão pendular nas relações de consumo.

Com efeito, os deveres de igualdade, informação, publicidade, boa-fé objetiva, equivalência das prestações, consentimento informado e inversão do ônus da prova, são algumas das regras a serem obedecidas na conduta do fornecedor, reguladoras do comportamento e de suas consequências. O equilíbrio contratual é outro mecanismo promovedor da harmonia na relação de consumo que nivela as forças entre seus protagonistas, fornecedores e consumidores. A necessária transparência na efetivação do contrato, também disposta no referido Código, além da proibição da publicidade enganosa ou abusiva, são outras garantias que possibilitam uma proteção especial ao consumidor, hipossuficiente e vulnerável.

Diferentemente do Código Civil, o CDC foi pródigo em explicitar preceitos a serem observados nas relações de consumo e seu rol, ainda que extenso, em razão de sua natureza principiológica, não é exaustivo, mas exemplificativo. São princípios específicos, autônomos, exclusivos e assumem fundamental papel na hermenêutica jurídica para aplicação precisa da norma, permitindo ao magistrado adequar os artigos contidos no CDC às mais variadas situações concretas.

É por meio dele que o poder público determina regras a serem adotadas desde a fase pré-contratual até a conclusão do negócio. Os magistrados, ponderando sobre temas como a vida digna, o mínimo existencial e a prodigalidade com que as instituições financeiras oferecem crédito, podem limitar o valor dos descontos em folha de pagamento, os juros aplicados nas execuções por dívidas, e até, em alguns casos, admitir a revisão ou anulação de cláusulas contratuais consideradas abusivas. Frise-se que referidas decisões não representam criação jurisprudencial, estando amparadas legalmente nas normas existentes e respaldadas na doutrina consumerista.

Refletindo sobre a importância dos princípios normativos em geral, na aplicação da norma, Rui Portanova aduz que “princípios não são meros acessórios

interpretativos. São enunciados que consagram conquistas éticas da civilização e, por isso, estejam ou não previstos na lei aplicam-se cogentemente a todos os casos concretos”[170]. Concernente ao cidadão superendividado, sua aplicabilidade impõe tratamento preventivo e amparo na busca pela promoção de uma existência digna para além dos direitos básicos tradicionais.

Assim, as máximas do direito consumerista, unidas a preceitos do moderno direito civil, associam-se aos princípios e garantias fundamentais constitucionais, convertendo-se todos em postulados do complexo conjunto de valores acomodados no conceito de cidadania. A priori referidos princípios, normas e regras deveriam bastar para que se estabelecesse a harmonia entre fornecedores e compradores, mas, o fenômeno do superendividamento e a reconhecida dificuldade em tratá-lo apenas com suporte no CDC demonstra que são insuficientes, tornando imprescindível positivação específica ao tema.

Conclusão

A constitucionalização do direito privado reflete a inaptidão das normas gerais civilistas em disciplinar, a contento, inúmeros institutos outrora tratados de maneira superficial e individualista em seu arcabouço. A Constituição Federal, vertida em ordenamento central do sistema jurídico vigente, propôs-se banir da realidade social brasileira desigualdades e injustiças sociais, preconceitos e entraves a uma vida digna para a pessoa humana, dispondo normas principiológicas virtualmente capazes de garantir a realização da plena cidadania.

Consequência disso, os microssistemas reguladores das relações de consumo, familiares, ambientais e voltados à proteção de minorias específicas, como idosos e crianças, surgiram para promover a eficácia dos ideais constitucionais, desassociando-se da herança liberal cldas normas privadas, individualistas por essência. A nova realidade normativa busca prover de garantias o bem comum, a função social do contrato, a afetividade nas relações familiares, o equilíbrio nas relações de consumo e a sustentabilidade no desenvolvimento, que deve ser amplo, alcançando aspectos ambientais, econômicos e sociais.

---

[170] PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 3a ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 1999, p. 14.

As garantias gerais de direitos básicos do cidadão vêm respaldadas por princípios fundamentais que asseguram sua viabilidade no direito material. Com efeito, é requisito de constitucionalidade da legislação ordinária sua observância aos primados constitucionais. Isso produz reflexos que expandem o alcance das normas positivadas ao ponto de oferecem, com certo grau de segurança, meios para lidar com situações para as quais não exista disciplinamento específico.

Assim é que o superendividamento epidêmico vem sendo tratado, sob o prisma do constitucionalismo das normas, ainda que pendente de lei que o defina e trace os parâmetros para um efetivo combate a este que representa um entrave ao exercício da plena cidadania e, dessa maneira, deve ser banido do projeto social brasileiro.

Bibliografia

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, CJF (Série Pesquisas do CEJ: 11), 2003. P. 140.

APPIO, Eduardo. **Interpretação conforme a constituição**. Curitiba: Juruá, 2011.

DIDIER Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Bahia: Editora JUSDIVM, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito e cidadania na constituição federal.** Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev1.htm Acesso: fev/2013.

GUIMARÃES, Ulysses. **Discurso em seção na Assembleia Nacional Constituinte,** 27 de julho de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_62/ panteao/panteao.htm Acesso em 29 de janeiro de 2014.

_________. **Discurso em seção na Assembleia Nacional Constituinte**, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.fundacaoulysses.org.br/wp-content/uploads/2012/ 11/biblioteca000019.pdf. Acesso em 30 de janeiro de 2014.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36 n. 141 jan./mar. 1999.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 3a ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas? In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk. Org. **A construção dos novos direitos.** Nuria Fabris Editora, Porto Alegre: 2008.

Controle preventivo de constitucionalidade: análise institucionalista do MS 32.033

Rodrigo King Lon Chia[171]

RESUMO: O texto examina os limites do exercício do controle jurisdicional preventivo de constitucionalidade à luz do julgamento do MS 32.033 em que se requeria a interrupção da tramitação de projeto que restringia o acesso de novos partidos ao Fundo Partidário e ao tempo de propaganda eleitoral. Com considerações institucionais, tenta-se apontar um caminho que permita conciliar a preservação das atribuições típicas do Legislativo com a necessidade de se garantir máxima efetividade aos preceitos constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: controle de constitucionalidade, efetividade, debate legislativo, democracia

INTRODUÇÃO

O mandado de segurança impetrado pelo senador Rodrigo Rollemberg (MS 32.033), em abril de 2013, contra a tramitação no Senado de projeto de lei que restringia o acesso de novos partidos ao Fundo Partidário e ao tempo de propaganda no rádio e na TV (PLC 14/2013) suscitou numerosos debates nos âmbitos político e jurídico.

Diante da decisão liminar do ministro Gilmar Mendes, em 24 de abril, determinando a suspensão da tramitação da matéria, o presidente do Senado, Renan Calheiros, classificou a medida como uma "invasão" do Legislativo pelo Judiciário, enquanto o presidente da Câmara dos Deputados, Henrique Eduardo Alves, afirmou esperar a revisão da posição em respeito ao "papel constitucional do Congresso" (AGÊNCIA SENADO, 2013).

Ainda que, pouco depois, as declarações dos presidentes do Senado e da Câmara já fossem significativamente mais contidas, o fato é que a controvérsia acerca do PLC 14/2013 se somou a outros casos em que o Supremo Tribunal

[171] Possui graduação em Direito pela Universidade de Brasília (2013) e graduação em Comunicação Social (habilitação Jornalismo) pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (1999). Atualmente é efetivo - Senado Federal.

Federal (STF) acabara chamado a se manifestar em relação a questões que seriam atribuições típicas do Legislativo, como a elaboração de novas regras para a distribuição do Fundo de Participação dos Estados (ADO 23) e a deliberação sobre o veto presidencial à Lei dos Royalties (MS 31.816). No sentido contrário, aparentemente em reação direta à concessão da liminar no MS 32.033, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara (CCJC) decidiu, também em 24 de abril de 2013, pela admissibilidade da PEC 33/2011, que eleva o número de votos exigidos para a declaração de inconstitucionalidade e submete ao Congresso os efeitos vinculantes de súmulas e a declaração de inconstitucionalidade de emendas constitucionais.

Para além das discussões acerca da independência dos poderes, os debates suscitados pelo MS 32.033 envolveram também a discussão jurídica da possibilidade de o STF realizar controle de constitucionalidade ainda durante o processo legislativo, manifestando-se em relação ao próprio conteúdo de um projeto de lei, e não apenas quanto à eventual violação de normas de processo legislativo constitucional.

Ambos os enfoques – da separação de poderes e dos limites ao exercício do controle de constitucionalidade no processo legislativo – são de relevância inconteste, mas já têm sido amplamente abordados em sede jurisprudencial e doutrinária. Por outro lado, pouco se discute a disputa entre a jurisdição constitucional e outros mecanismos garantidores da força da Constituição, que ao menos em tese seriam possuidores de maior legitimidade democrática. Trata-se, neste caso, da defesa da Constituição pelo próprio povo – por meio de manifestações e do direito de resistência – ou por meio de seus representantes eleitos.

A pergunta que se propõe no presente trabalho é: do ponto de vista da garantia de efetividade aos preceitos constitucionais, como se comparam os dois caminhos oferecidos – o exercício do controle de constitucionalidade pelo STF e o prosseguimento do debate no Legislativo?

É relevante destacar que, no julgamento de mérito pelo Plenário do STF, o PLC 14/2013 teve sua tramitação liberada e, assim, acabou aprovado pelo Senado e sancionado pela presidente da República (Lei 12.875/2013). No entanto, como isso só ocorreu em outubro de 2013, após o prazo para registro dos novos partidos e

a menos de um ano das eleições de 2014, os efeitos potenciais até então atribuídos à matéria não se concretizaram – o que pode acrescentar interesse à abordagem proposta.

JULGAMENTO DO PLC 14 NO STF

O PLC 14/2013 (PL 4.470/2012) foi apresentado na Câmara pelo deputado federal Edinho Araújo, com apoio de outros parlamentares, em 19 de setembro de 2012. Em síntese, o projeto alterava a Lei 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos) e a Lei 9.504/1997 (Lei das Eleições) para estabelecer que as mudanças de partido durante a legislatura não implicariam a transferência proporcional dos recursos correspondentes do Fundo Partidário e do tempo de propaganda no rádio e na TV, que permaneceriam nos partidos de origem dos parlamentares. Segundo a justificação da proposta, com a regra, "valorizam-se os partidos e evitam-se distorções e casuísmos".

O projeto foi apresentado pouco depois do julgamento da ADI 4.430, em junho, quando o STF decidira que novos partidos tinham o direito de participar da divisão do tempo de propaganda eleitoral no rádio e na TV.

Sem acordo para votação em Plenário, a proposta foi distribuída para a CCJC, onde ficou parada até abril de 2013. Nesse momento, porém, já se apresentava um cenário político significativamente distinto, com três novos partidos pleiteando registro para participação nas eleições gerais de 2014: PROS, Solidariedade (SD) e Rede Sustentabilidade. Este último, em particular, era impulsionado pela figura de Marina Silva, candidata que obtivera 19,63 milhões de votos na disputa presidencial de 2010.

Assim, no que foi amplamente interpretado como uma manobra para inviabilizar os novos partidos, em especial a Rede Sustentabilidade, o PL 4.470/2012 passou a tramitar em regime de urgência, sendo aprovado pelo Plenário da Câmara no dia 23 de abril. O projeto foi enviado no mesmo dia ao Senado.

No Senado, onde a proposta passou a tramitar como PLC 14/2013, caminhava-se para a adoção do mesmo procedimento, com votação de requerimento de urgência prevista para o dia 24 de abril. Ainda no dia 23, no

entanto, o senador Rodrigo Rollemberg (PSB-DF) impetrou mandado de segurança (MS 32.033), alegando a violação do devido processo legislativo, com objetivo específico de dificultar a criação de novos partidos, de modo casuístico, a impedir o exercício de direitos fundamentais por parte das minorias políticas.

No dia 24, diante de questionamento acerca do quórum necessário para deliberação, o Plenário do Senado adiou a definição do regime de urgência para o PLC 14/2013, já na iminência da concessão de liminar pelo ministro Gilmar Mendes, determinando a suspensão da tramitação da matéria.

Ao conceder a liminar, no mesmo 24 de abril, o ministro Gilmar Mendes lembrou, inicialmente, que a jurisprudência do STF admite o controle de constitucionalidade prévio dos atos legislativos, ainda que excepcionalmente, e reconhece a legitimidade ativa dos parlamentares para provocar esse controle por meio do mandado de segurança.

Em relação ao cabimento do mandado de segurança e de eventual deferimento de liminar, o ministro ressaltou a necessidade de apreciação com “maior rigor” e “cuidado redobrado”, a fim de que o instrumento se preste apenas a resguardar o direito líquido e certo ameaçado e não a impugnar lei ou ato normativo em tese, o que não se configura possível, segundo assentado, inclusive, na Súmula 266 do STF.

Ao analisar os requisitos para a concessão da liminar, o ministro Gilmar Mendes destacou que, diante do definido no julgamento da ADI 4.430, que garantira aos novos partidos acesso ao tempo de propaganda eleitoral no rádio e na TV, a aprovação do PLC 14/2013 representaria “tratamento desigual de parlamentares e partidos políticos em uma mesma legislatura”, numa interferência “casuística e direcionada a atores políticos específicos”. Acrescentou a exigência de que restrições a direitos individuais sejam estabelecidas por leis que atendam aos requisitos da generalidade e da abstração, para preservar o princípio da igualdade material.

No exame do mérito pelo Pleno do STF, porém, o ministro restou vencido. Por 7 votos a 3, o Supremo julgou improcedente o pedido veiculado no MS 32.033. Gilmar Mendes votou a favor da concessão parcial da segurança para declarar a inconstitucionalidade da deliberação legislativa sobre o PLC 14/2013 visando à

vigência já nas eleições de 2014. Reiterou a ofensa do projeto a direitos fundamentais como a isonomia, a igualdade de chances, a proporcionalidade, a segurança jurídica e a liberdade de criação de legendas, que considerou cláusulas pétreas da Constituição. Mais uma vez, lembrou que a proposta divergia da interpretação constitucional exarada pelo STF no julgamento da ADI 4.430/DF, o que contrariaria a expectativa do sistema político de que a regra para as eleições de 2014 seria a fixada nesse julgado. Finalmente, rejeitou alegações de que uma interferência no processo legislativo, nos moldes pretendidos no MS 32.033, significaria uma "judicialização da política", asseverando tratar-se, na hipótese, de questão de direitos. Os ministros Dias Toffoli e Celso de Mello seguiram o voto do relator.

Ao abrir a divergência, o ministro Teori Zavascki afirmou que o sistema constitucional pátrio não autorizaria o controle de constitucionalidade prévio de atos normativos, regra excepcionada apenas nos casos de proposta de emenda à Constituição – e não de projeto de lei ordinária – ofensiva a cláusula pétrea (art. 60, § 4º da CF) e, em qualquer proposição, de ofensa à disciplina constitucional do processo legislativo. Asseverou que, se confirmada a violação do fundamento constitucional do pluralismo político e da liberdade de criação de partidos, após a eventual transformação do projeto em lei, poder-se- ia recorrer ao controle repressivo.

Acompanharam a divergência os ministros Rosa Weber, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio, Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa. Entre outros argumentos, mencionaram a inadequação de um controle preventivo que poderia se confundir com um controle político; a inexistência de referência à vedação de deliberação de outras espécies normativas, que não propostas de emenda à Constituição, violadoras de cláusulas pétreas; a previsão de controle preventivo apenas em caso de inobservância de regras constitucionais formais de processo legislativo.

Após a decisão do Pleno do STF, o Senado retomou o exame do PLC 14/2013 apenas em outubro, com novo requerimento de tramitação em regime de urgência. Àquela altura, já haviam obtido registro os partidos PROS e Solidariedade. Já a Rede Sustentabilidade tivera seu registro negado. No dia 8 de outubro, o

Plenário do Senado aprovou o projeto, que foi enviado à sanção presidencial, sendo transformado em lei no dia 30 de outubro (Lei 12.875/2013).

CONTROLE PREVENTIVO DOS ATOS LEGISLATIVOS

Na definição clássica de Kelsen, jurisdição constitucional "é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais" (2013, pp. 123-124). O pressuposto disso é a noção de Constituição como fundamento do Estado, como "base indispensável das normas jurídicas que regem a conduta recíproca dos membros da coletividade estatal, assim como das que determinam os órgãos necessários para aplicá-las e impô-las, e a maneira como devem proceder" (2013, p. 131).

Assim, o controle dos atos legislativos, no que diz respeito à sua conformidade com o texto constitucional, é a própria razão de ser da jurisdição constitucional. Se é certo que, até hoje, persiste o debate sobre quem deve ser o guardião da Constituição, inaugurado por Kelsen e Schmitt, o fato é que o controle jurisdicional de constitucionalidade existe no Brasil desde o fim do século 19 (Proclamação da República), inspirado inicialmente no *judicial review* americano e adaptado às peculiaridades do *civil law*.

Não se discute, portanto, o papel institucional do STF de realizar o controle constitucional de atos normativos, muito embora se possa questionar a comum atribuição de maior capacidade técnica à Corte para rever as decisões do Parlamento ou sua maior inclinação para a proteção de direitos fundamentais (contramajoritários), a supostamente justificar essa sua função ou uma eventual primazia para dar a "última palavra" em matéria constitucional (Benvindo, p.? 2014). Também não se discute aqui uma eventual necessidade de maior contenção do Supremo ou os efeitos de mudanças legislativas – como a criação da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) – que têm ampliado seus espaços de atuação.

O certo é que o Brasil, ao longo de 125 anos, desenvolveu um modelo próprio de controle jurisdicional de constitucionalidade, aportando características

tanto do sistema americano (controle difuso, concreto e subjetivo) quanto do sistema austríaco-europeu (controle concentrado, abstrato e objetivo).

No entanto, ao lado desses dois tipos de controle, de caráter repressivo, admite-se também uma hipótese de controle preventivo, ou seja, de vedação à própria tramitação de proposição legislativa, ainda sujeita a rejeição no âmbito do Parlamento ou, em certos casos, a veto pelo Executivo. A garantia que se busca assegurar, nesse caso, é a do devido processo legislativo, em conformidade com as regras constitucionais.

A jurisprudência do STF tem admitido o controle preventivo de ato legislativo, em essência, em dois casos: proposta de emenda à Constituição contrária às cláusulas pétreas (art. 60, § 4º da CF) e proposição de qualquer espécie normativa que desrespeite diretamente a disciplina constitucional do processo legislativo (art. 59 a 69 da CF). Nesses casos, admite-se a provocação do controle, por via de mandado de segurança, para corrigir vício já concretizado e preservar o direito público subjetivo do parlamentar de participar de um processo legislativo hígido.

No tocante à deliberação sobre proposição que viola cláusula pétrea, o primeiro caso em que o STF reconheceu o cabimento de mandado de segurança foi no MS 20.247, relator ministro Moreira Alves, ainda sob a égide do ordenamento constitucional anterior. Na espécie, alegava-se que as PECs 51/1980 e 52/1980 tenderiam à abolição da República, em contrariedade com o disposto no art. 47, § 1º da Constituição de 1967 (Emenda Constitucional nº 1 de 1969). Embora admitido, o mandado de segurança foi julgado improcedente.

Argumenta-se que tal restrição se deve ao fato de a proposta de emenda à Constituição não se sujeitar à sanção do presidente da República, sendo diretamente promulgada depois de aprovada nas duas casas do Congresso, enquanto outras espécies normativas devem passar ainda pelo crivo do Executivo. (Caberia perguntar, porém, nessa linha, se outras espécies normativas, como projetos de resolução e projetos de decreto legislativo, estariam sujeitas ao controle jurisdicional de constitucionalidade preventivo.)

Já no que diz respeito ao controle preventivo em caso de desrespeito a normas procedimentais, é relevante ressaltar que o STF consolidou o entendimento

de ser impossível o controle jurisdicional de regras constantes dos regimentos internos das Casas Legislativas.

Para a Corte, os questionamentos relacionados à inobservância de normas regimentais devem ser solucionados no âmbito do próprio Poder Legislativo, por se tratar de matéria *interna corporis*. Nesse sentido, o STF só estaria legitimado a averiguar o cumprimento de disposições procedimentais de índole constitucional, ou seja, tão somente em caso de alegado desrespeito às normas do processo legislativo contidas, de modo expresso, na Constituição (Barbosa, 2010, p. 162-163).

A premissa geral da "teoria dos atos interna corporis" foi estabelecida a partir do julgamento do MS 1.423, em 1951, em que se fixou que "se os argumentos articulados para impugnar ato exarado no exercício de uma atribuição legítima do Legislativo dizem respeito apenas a 'aspectos de conveniência, oportunidade ou acerto', não cabe ao Judiciário apreciar a questão" (Barbosa, 2010, p. 162). Contudo, no referido julgado, não foram examinadas, de forma direta, as consequências jurídicas da violação de normas regimentais.

Já na década de 1980, como mencionado anteriormente, firmou-se o entendimento, pelo STF, de que a interpretação de normas regimentais é atividade *interna corporis*. De acordo com a construção pretoriana, é o mandado de segurança a via processual adequada para a impugnação do trâmite do processo legislativo, "tendo em vista o direito líquido e certo que toca a cada parlamentar de participar de um procedimento de elaboração normativa marcado pela lisura e observância das normas que o disciplinam" (Bernardes Júnior, 2009, p. 102).

O julgamento do MS 32.033 trouxe uma possibilidade de ampliação dessas hipóteses limitadas de controle jurisdicional preventivo. Ainda que tenha buscado associar o conteúdo do PLC 14/2013 à violação de direitos fundamentais e, portanto, encaixá-lo na hipótese de controle associado à contrariedade a cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV da CF), o ministro Gilmar Mendes, em seu voto pela concessão parcial da segurança, elencou uma série de fundamentos que, se bem sucedidos, teriam inovado em relação à jurisprudência anterior do STF:

> (i) os direitos políticos, neles contidos a livre criação de partidos em situação isonômica à dos demais atores envolvidos, o pluripartidarismo e o direito à participação política, são cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988; (ii) o projeto de lei em exame pretendia impor interpretação constitucional diametralmente

> oposta à exarada pelo STF na ADI 4.430; (iii) o projeto afigura-se casuístico, resultando no atingimento de atores políticos previamente identificáveis; (iv) a sua aprovação significaria a introdução de odiosa discriminação política entre parlamentares em uma mesma legislatura, com nefastos efeitos para o regime democrático, ante a produção de uma desigualdade prejudicial à concorrência democrática; (v) o projeto viola o princípio da igualdade de chances e, assim, viola o direito das minorias políticas de livremente mobilizarem-se para a criação novas legendas; e (vi) viola a segurança jurídica, em sua expressão concernente à proteção da confiança legítima, uma vez que todo o sistema político confiava que, pelo menos nessa legislatura, isto é, nas próximas eleições gerais, a regra seria aquela fixada pelo STF na ADI 4.430.

Em nada surpreendem, portanto, os argumentos esposados pelo ministro Teori Zavascki e pelos demais ministros que seguiram a divergência, que adotaram, com pouco dissenso, uma posição restritiva em relação ao controle jurisdicional da atividade legislativa, citando quase sempre a necessidade de se observar o princípio da separação dos poderes. Teori Zavascki parece expor até uma preocupação que se poderia associar à ideia de "efeitos dinâmicos" da decisão judicial (Sunstein, Vermeule, p? 2002) ao afirmar que "a mais notória e evidente consequência será a universalização do controle preventivo de constitucionalidade, em manifesto desalinhamento com o sistema estabelecido na Carta da República, abonado, nesse aspecto, por antiga e pacífica jurisprudência da Corte, como ao início ficou demonstrado".

Um último ponto que merece ser observado neste item é o argumento de que o conteúdo do PLC 14/2013 se opõe frontalmente à decisão do STF no julgamento da ADI 4.430. Embora essa contrariedade seja fato, o entendimento majoritário é de que não se aplicam os efeitos vinculantes e a eficácia *erga omnes* do controle concentrado ao Legislativo, ao menos no que diz respeito à edição de uma nova norma que traga dispositivos semelhantes, ou mesmo idênticos, àqueles declarados inconstitucionais (conforme assentado no julgamento da Reclamação 2.617), ressalvadas as restrições à reapresentação de proposições de mesmo conteúdo na mesma sessão legislativa.

CONTROLE JURISDICIONAL NO PLC 14: VANTAGENS INSTITUCIONAIS

Idp MESTRADO

Os argumentos contrários ao controle jurisdicional preventivo de matéria legislativa com os fundamentos afirmados pelo ministro relator Gilmar Mendes no julgamento do MS 32.033, como visto, vão da necessidade de respeito às atribuições típicas de cada poder à deferência aos precedentes da Corte, passando até pela preocupação institucional com os efeitos potenciais que uma decisão favorável à interferência no Legislativo poderia ter em termos de sua projeção no tempo e de suas implicações para outros interesses e atores (Sunstein, Vermeule, 2002, p. 886).

O debate poderia se fixar – como se fixou, em grande parte, no caso em exame – simplesmente na maior legitimidade democrática do Parlamento para dirimir os conflitos relacionados a direitos constitucionais (Tushnet, 1999, Waldron, 2006), em oposição à suposta superioridade técnica do Judiciário e sua teórica autonomia política para tomar decisões contramajoritárias.

É possível, porém, ampliar a discussão para a análise de outros aspectos institucionais do Judiciário e do Legislativo, para avaliar como cada um se sairia na proteção dos direitos constitucionais que, evidentemente, estavam em jogo na tramitação do PLC 14/2013 – e ainda estão com a vigência da Lei 12.875/2013.

De utilidade para o exame proposto, são algumas categorias apresentadas por Siegel, a saber: foco; transparência; vinculação com precedentes; discricionariedade; e relação individual-coletivo (2012). Ressalte-se que, por envolver controle preventivo, a análise centrada no PLC 14/2013 exige a consideração das especificidades dos "termos e circunstâncias em que seria aprovado", como observou Gilmar Mendes, em contraste com um eventual controle repressivo da lei decorrente de sua aprovação e sanção.

Em relação à capacidade de avaliar uma questão constitucional específica (foco), Waldron afirma que o Legislativo é plenamente capaz de debater o mérito em termos de possíveis violações a dispositivos constitucionais (2006). O processo legislativo permite, aliás, que eventuais falhas sejam corrigidas por meio de emendas, sem que se descarte toda a proposição. O problema é que, com frequência, o questionamento de fundo constitucional se mistura à análise de outros aspectos da matéria, sem que, necessariamente, o Legislativo se debruce sobre cada um de modo isolado. Em outras palavras: o projeto poderia ser aprovado – e

tudo indica que seria – com base em seu “mérito geral” e não por ser integralmente compatível com o texto constitucional.

O controle jurisdicional, por sua vez, permite o exame específico do ponto em que se identifica uma potencial inconstitucionalidade. No caso, o senador Rodrigo Rollemberg impetrou o mandado de segurança e elencou os aspectos do projeto de lei que considerava contrários à Constituição, exigindo que a Corte se manifestasse sobre suas alegações – o que de fato ocorreu.

Em relação à transparência, a constatação é semelhante. Enquanto os parlamentares podem ou não se manifestar a respeito de suas razões para considerar o projeto adequado (em discursos e encaminhamentos de votação, por exemplo), os ministros do STF são obrigados a explicitar os fundamentos que os levam a reconhecer ou não a violação de dispositivos constitucionais.

Como evidenciado na argumentação dos ministros que votaram pela denegação da segurança pretendida no MS 32.033, o Judiciário tem também maior consideração pelos precedentes, o que, ao menos em tese, tornaria mais difícil a superação de uma interpretação considerada conforme com a Constituição – ainda que, na espécie, os precedentes fossem pela não interferência no debate legislativo. O Parlamento, por sua vez, pode aprovar um projeto de lei num sentido e pouco depois alterar a legislação resultante por inteiro.

O Legislativo tem, ainda, sua atuação pautada pela discricionariedade. Um cidadão pode levar seu inconformismo ao conhecimento de um representante eleito, mas não há nenhum mecanismo que obrigue este a “dar uma resposta” ao pleito apresentado. Embora o Judiciário disponha de instrumentos para igualmente se omitir, como o manejo das pautas de julgamento nos tribunais, quando uma pessoa peticiona a uma corte, a princípio, tem a garantia de que vai receber uma resposta, mesmo que seja negativa.

Por fim, é relevante notar que o Judiciário pode ser acionado individualmente, ou seja, mesmo que o interesse ferido seja limitado a um pequeno grupo ou mesmo a uma única pessoa, há uma garantia de que, desde que se verifique a legitimidade ativa, a parte vai ter seu caso examinado e decidido. O Legislativo funciona formalmente em termos semelhantes: o cidadão pode cobrar a elaboração de um projeto de lei ou um posicionamento favorável ou contrário. Na

prática, contudo, em função de questões político-eleitorais, são os grupos organizados, em especial os mais numerosos e/ou influentes, que conseguem promover suas agendas junto aos parlamentares.

A breve análise institucional sugere que a jurisdição constitucional tem características mais favoráveis para responder com efetividade a violações de preceitos constitucionais. Mesmo no caso do PLC 14/2013, em que se cuidava de controle preventivo, as vantagens de se atribuir essa função prioritariamente à corte constitucional se revelaram, em função do contexto político-eleitoral e da proximidade de prazos relevantes para registro de partidos e aplicabilidade ou não de mudanças no processo eleitoral ao sufrágio de 2014.

CONCLUSÃO

Com o presente trabalho, buscou-se explicitar as vantagens, do ponto de vista institucional, do controle jurisdicional de constitucionalidade, seja na modalidade repressiva, seja na preventiva, à luz do debate ensejado pelo PLC 14/2013. O que se coloca como prioridade, considerada a rigidez e a supremacia da Constituição, é a necessidade de garantir efetividade aos princípios e garantias elencados no texto constitucional. (Por isso, aliás, discussões acerca da adequação da via processual do mandado de segurança, ao menos no que se discute aqui, parecem secundárias.)

Não se ignora, por um lado, o risco de interferência indevida no debate legislativo, com incursões desnecessárias na prática que se convencionou chamar de ativismo judicial. É preciso lembrar que, embora a inspiração inicial do controle de constitucionalidade brasileiro tenha sido o modelo difuso americano, hoje pode se falar num modelo misto, que reproduz também formas de controle concentrado e abstrato. Ferreres Comella, por exemplo, associa o nível de centralização do modelo à propensão ao ativismo (Ferreres, 2004 p?).

Tem-se claro que, para o exercício do controle jurisdicional dos atos legislativos, em especial na modalidade preventiva, é indispensável que se caracterize de modo cristalino a violação iminente de direitos fundamentais – que, afinal, não podem deixar de integrar o conceito de “devido processo legislativo”.

Tampouco se pretende atribuir ao STF a primazia de ter a "última palavra", por definição, em matéria constitucional, tendo em vista principalmente a constatação de que ocorre, em grande medida, uma disputa política entre os poderes (Benvindo, 2014 p?), em oposição à máxima de que estes buscam permanentemente uma relação harmônica, preservando tanto quanto possível os espaços "bem marcados" de suas competências típicas.

Longe de se afirmar, como regra, o Judiciário como mais preparado para interpretar e dar efetividade às normas constitucionais, espera-se que a apresentação de categorias institucionais e a análise dos casos concretos à luz de seu conteúdo permitam estabelecer de maneira mais racional e dialógica as condições procedimentais para se definir os limites das competências do tribunal constitucional e do Legislativo na proteção do sistema de direitos (Habermas, 2012 p?).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA SENADO. Renan diz que liminar do STF é invasão no Legislativo. Agência Senado. Brasília, 25 abr. 2013. Disponível em <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/04/25/renan-diz-que-liminar-do-stf-e-invasao-no-legislativo>. Acesso em 24 nov. 2013.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **Processo legislativo e democracia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A "última palavra", o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, n. 201, jan.-mar. 2014.

BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. **O controle jurisdicional do processo legislativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.470/2012. Brasília, DF, 19 de setembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 32.033/DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 29 de abril de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 32.033/DF. Rel. p/ acórdão Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 1º de julho de 2013.

FERRERES, Victor. The consequences of centralizing constitutional review in a special court: some thoughts on judicial activism. **SELA Papers**, paper 39, 2004.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

SIEGEL, Jonathan R. The institutional case for judicial review. **Iowa Law Review**, vol. 97, 2012.

SUNSTEIN, Cass, e VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Michigan Law Review**, vol. 101, 2002.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the courts**. Princeton: Princeton University, 1999.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **Yale Law Journal**, n. 124, 2006.

Limite temporal das liminares no controle abstrato: inconstitucionalidade liminar e de mérito são a mesma coisa?

Altair Roberto de Lima[172]

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo identificar o limite temporal existente entre a decisão liminar e o julgamento de mérito nos processos de controle abstrato de constitucionalidade. A estatística do Supremo Tribunal Federal mostra a cifra negra em que a Corte mergulhou, considerada a distância no tempo entre um e outro julgamento. A partir disso, dimensiona-se o quanto de política pública se atrasa no Brasil à espera de uma decisão definitiva que ponha segurança às atividades do Estado, ou mesmo a precariedade com que essa mesma política pública se arrasta quando fundada em medida de caráter liminar, sujeita à revogação ou confirmação a qualquer momento. Mas, dificilmente o Tribunal seria encorajado a reformar decisão precária há tanto tempo prolatada: melhor deixar que o plano dos fatos se acomode a alterar normativamente a situação jurídica inicialmente decidida.

PALAVRAS-CHAVE: Limite temporal. Liminares. Controle abstrato. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: This work has the purpose to identify the existing time limit between the injunction and judgment of merit in the abstract process control of constitutionality. The statistics of the Supreme Court shows the black figure in the Court plunged, considering the distance in time between one and another trial. From this, scales up as the public policy lags in Brazil waiting for a final decision to put the security state activities, or even the precariousness with which that same public policy creeps when founded on a preliminary basis of measurement, subject to revocation or confirmation at any time. But hardly the Court would be encouraged to reform precarious decision handed down for so long: better to let the plan of the facts settle the normatively change the legal situation initially decided.

KEYWORDS: Time limit. Injunctions. Abstract control. Unconstitutionality.

Introdução

[172] Mestrando em Direito Constitucional pelo IDP.

O objetivo deste trabalho é pesquisar a importância do tempo para a concretização das liminares na fiscalização da constitucionalidade de leis no plano normativo, e sua efetivação no plano dos fatos.

A jurisdição constitucional, ao longo do constitucionalismo, vem ganhando a dimensão valorizada pela relevante missão das Cortes Constitucionais e, para que suas decisões tenham efetividade, as cautelares permitem que o julgamento de mérito seja uma etapa suprimida pelo juízo precário sobre a constitucionalidade da lei. O tempo entre o julgamento de mérito e o juízo liminar, assim, tornou-se ferramenta das mais imprescindíveis que precisa ser considerada pelo juiz constitucional.

Latour[173], descrevendo a modernidade, ressalta a passagem do tempo como fator determinante para os avanços da humanidade. Para ele, a modernidade possui tantos sentidos quantos forem os pensadores, sendo que todas as definições apontam para a passagem do tempo e, por isso, o adjetivo moderno assinala "um novo regime, uma aceleração, uma ruptura, uma revolução do tempo".

Na mesma obra, o autor esclarece que "a passagem moderna do tempo nada mais é do que uma forma particular de historicidade. De onde nos vem a ideia de um tempo que passa? Da própria Constituição moderna"[174].

Em outra compreensão elementar, ao lembrar o fim passado ultrapassado, Latour registra que "... o tempo forma um fluxo continuo e progressivo, do qual os modernos proclamam-se a vanguarda e os anti-modernos a retaguarda"[175], para depois se convencer de que "o tempo não é um panorama geral, mas antes o resultado provisório da ligação entre os seres"[176].

A simples noção de jurisdição constitucional, por si só, não é suficiente para refletir os conceitos e as preocupações que o estudioso deva ter em relação ao tempo dos dois juízos, de mérito e cautelar.

De um modo geral, as liminares são dadas em juízos provisórios, mas, em se tratando de constitucionalidade de lei, esse juízo inicial termina sendo o definitivo,

---

[173] LATOUR, Bruno. Jamais Fomos Modernos   Ensaio e Antropologia SiméATOUR, Bruno. Jamais Fomos Modernos   Ensa Coleção Trans. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira S/A, 1ª edição, 1994, p. 15.
[174] Op. cit., p. 67.
[175] Op. cit., p. 72.
[176] Op. Cit., p. 74.

e a Corte – numa visão moderna do ordenamento jurídico e à luz do constitucionalismo prospectivo – não se vê mais encorajada a proferir julgamento distinto do preliminar: o tempo se encarregou de resolver as questões fáticas.

A proposta deste trabalho, assim, é testar a hipótese de que o juízo cautelar e de mérito, considerando o fator tempo, termina tendo o mesmo nível de aprofundamento, em nada se diferenciando quanto aos conceitos abordados pela jurisdição constitucional.

2. Medidas cautelares no controle concentrado: técnica de decisão?

As medidas cautelares são consideradas como uma técnica de decisão de inconstitucionalidade, ao lado do apelo ao legislador, da interpretação conforme e da decisão de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

Zagrebelski[177], ao descrever o direito posto, isto é, a legislação, diz que a lei procura disciplinar todos os fatos da vida humana, numa tentativa de não deixar que nenhum ato do homem seja subtraído da proteção do direito. Nesses termos, ensina que o direito alcança as relações privadas, as relações afetivas, a tecnologia, o nascimento, a saúde, a utilização de tecidos humanos, a velhice etc.:

> 11. La legislación ha invadido todos los ámbitos de la existencia humana, incluso los más privados y durante largo tiempo refractarios a las normas exteriores, como los de las relaciones afectivas entre las personas: la familia, la convivencia, el trato entre padres e hijos. El incremento extraordinario e incessante de las aplicaciones de la tecnología a manifestaciones de la existencia, confiadas tiempo atrás a las reglas de la naturaleza y de las ciencias naturales — la procreación, la lucha contra las enfermedades, la utilización de los tejidos y de los órganos humanos, la resistencia a las fuerzas del envejecimiento...

Em continuação, o autor aponta para a possibilidade de que todos os atos e fatos da vida sejam previstos pelo direito, demonstrando que não lhe escapa nem mesmo o meio ambiente:

> La misma madre tierra, hasta hace no muchos decenios considerada criatura autosuficiente, base segura de la vida de los seres animados, necesita ahora de redes jurídicas de protección de sus

---

[177] ZAGREBELSKI, Gustavo. La ley, el derecho y la Constitución. Revista Espanhola de Derecho Constitucional, Año 24, n. 72, Septiembre-Diciembre 2004, pp. 11-24.

> equilibrios, seriamente amenazados por el aumento destructivo de la actividad de sus hijos. Por lo que puede decirse que no existe dimensión de la existencia que no sea objeto de atención por parte del derecho, en la forma de ley positiva

Dentro desse quadro, surge o que se pode chamar de inflação legislativa, como se o direito posto buscasse regramentos para a dinâmica da vida. Zagrebelski, então, enfatiza: "14. ...Lamentamos la inflación legislativa, la legalización progresiva de todos los ámbitos de la vida, pero no sabemos imaginar nada diferente."

Tendo como requisitos o periculum in mora e o fumus boni iuris, as decisões cautelares também parecem ter essa preocupação imaginada por Zagrebelski, ao querer alcançar todas as situações da vida em sociedade. Para isso, elas produzem efeitos ex nunc, em regra, mas excepcionalmente podem produzir efeitos ex tunc. Outro efeito importante é o repristinatório, podendo restabelecer a vigência da lei revogada pela norma impugnada. Ainda como característica, a liminar tem efeito erga omnes e vinculante (para a maioria da doutrina), embora a CF só fale em decisão definitiva de mérito (Art. 102, § 2o.), o que confere a ela esse poder de atingir as mais variadas situações da atividade humana.

Mas, certamente, o mais importante dos efeitos da medida liminar é a possibilidade de suspender a eficácia da legislação impugnada, contrariando a vontade de quem foi eleito para a produção legislativa e, por consequência, para efetivar políticas públicas.

3. Decisão de inconstitucionalidade: dificuldade contramajoritária

O caso Marbury *v*. Madson marcou, historicamente, a possibilidade de o Judiciário poder anular os atos dos demais poderes (Executivo e Legislativo). De fato, apesar de ter a jurisdição constitucional natureza eminentemente política, os cargos do Poder Judiciário não se submetem ao crivo das eleições.

Esse paradoxo da jurisdição constitucional com a democracia foi observada por Mark Tushnet ao criticar a neutralidade[178]. Temos, no entanto, de reconhecer que maioria e democracia não são sinônimos. A maioria é expressão

---

[178] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Embargos culturais: Mark Tushnet e o movimento Critical Legal Studies. In <http://www.conjur.com.br/2013-mar-03/embargos-culturais-mark-tushnet-movimento-critical-legal-studies?pagina=3>, acesso em 15.11.14.

utilizada para se alcançar um quórum, um dado numérico para as decisões coletivas ou tomadas em grupo. Democracia, ao contrário, implica equilíbrio de forças, em que o representante do povo decide escolher o destino dos representados (povo) que o elegeram.

Ely[179] escreveu que a "*noção de que os valores genuínos do povo podem ser claramente decifrados por uma elite não democrática às vezes é chamada na literatura de 'princípios do Fuhrer'*". Na mesma obra, Ely descreve a democracia representativa como um sistema de governo em que os cidadãos participam indiretamente do processo legislativo[180]. Finalizando, o autor arremata dizendo que a teoria do voto deve envolver direitos essenciais ao processo democrático e não pode ficar a cargo exclusivo dos representantes eleitos[181].

Waldron[182], no entanto, ao defender o *judicial review* utiliza como argumento o dever de fundamentação que as Cortes Constitucionais possuem ao motivarem suas decisões, dever que não se impõe aos parlamentares. Mas Tushnet[183], contrariamente, quando descreve o que chama de controle de constitucionalodade fraco – como é exemplo o modelo britânico, onde não há Constituição escrita, e sim histórica –, insinua a possibilidade de o Legislativo fazer prevalecer sua compreensão sobre aquela afirmada pelo Judiciário em curto espaço de tempo, até mesmo porque o Parlamento também motiva suas decisões ou escolhas políticas, ainda que minimamente. Isso não ocorreria se o controle de constitucionalidade fosse forte (como se poderia dizer no Brasil), em que se permite a intervenção judicial no campo dos direitos positivos "*sem os riscos de invasão do campo da política*"[184].

---

[179] ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes: 2010, p. 90.

[180] Op. cit, p. 103: "A *democracia representativa talvez seja, antes e tudo, um sistema de governo apropriado àquelas situações nas quais por algum motivo é impraticável que os cidadãos participem diretamente do processo legislativo. Mas o conceito de representação, tal como nossos precursores o compreenderam, era mais profundo que isso*".

[181] Op. cit, p. 157: "*Uma teoria mais completa a respeito dos casos que envolvem o voto deveria dizer que eles envolvem direitos (1) que são essenciais para o processo democrático e (2) cujas dimensões não podem ser deixadas somente a cargo dos representantes eleitos, que têm um interesse óbvio no status quo*".

[182] WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. Yale Law Journal, v. 115, 2006.

[183] TUSHNET, Mark. New forms of judicial review and the persistence of rights and democracy-based worries. Wake Forest Law Review, v. 38, 2003.

[184] PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. Supremacia Judicial e Controle de Constitucionalidade. In <

Alinhando-se à defesa da jurisdição constitucional, Gilmar Mendes escreve que a Corte se constitui "em elemento fundamental de uma sociedade pluralista, atuando como fator de estabilização indispensável ao próprio sistema democrático"[185]. Nessa linha, insiste na necessidade de preservação do equilíbrio no espaço pluralista que evite disfunções da Corte Constitucional. Em suas palavras, ressalta[186]:

> Se já se tem dificuldade de aceitar uma decisão tipicamente voluntarista ou intuitiva do órgão de representação popular, certamente não se pode sequer cogitar de uma eventual substituição de um voluntarismo do legislador pelo voluntarismo do juiz.
> É por isso que se afigura essencial o desenvolvimento de técnicas que possibilitem decisões racionalmente fundadas por parte do órgão judicial de controle."

A dificuldade contramajoritaria, expressão cunhada por Alexander Bickel[187] no início da década de 70, é definida como a impossibilidade de que órgãos formados por agentes não eletivos invalidem decisões de órgãos legitimados pela escolha popular, o que levaria a questionar a própria legitimidade do controle de constitucionalidade exercido pelos tribunais.

Se é assim, com maior razão, a linha de tensão aumenta diante da possibilidade de, cautelarmente, em juízo de cognição sumária ou não exauriente, a Corte Suprema suspender os efeitos do trabalho do legislador que está sendo questionado.

Em sentido diametralmente oposto, há quem entenda contrariamente à dificuldade contramajoritária. Para os defensores desta corrente, baseados no regime democrático, a jurisdição constitucional pressupõe a efetividade dos direitos fundamentais, isto é, a proteção das minorias, bem como a necessidade de existir, na República, órgãos isentos, como o juiz. De tal sorte, a jurisdição constitucional funciona também como garantidora da própria democracia, pois no Estado constitucional democrático uma parcela do poder é destinada a agentes "*cuja*

---

http://www.politano.com.br/userfiles/file/SUPREMACIA%20JUDICIAL%20E%20CONTROLE%20DE%20CONSTITUCIONALIDADE.pdf>, acesso em 16.11.14, p. 16.

[185] MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial. Revista Jurídica Virtual, vol. 1, nº 8, in < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/cont_constitucionalidade.htm >, janeiro de 2000, p. 9.

[186] Op. cit, p. 22.

[187] BICKEL, Alexander M. The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics. Editora Yale University Press, 1986 - 303 páginas.

atuação é eminentemente técnica e imparcial". E, de fato, parece prevalecer a concepção de que a proteção aos direitos e garantias individuais, especialmente daqueles assegurados em grupos minoritários, justificaria a existência de um órgão não político, mesmo contra manifestações da maioria.

4. Algumas características da jurisdição constitucional liminar

Uma característica marcante dessa espécie de provimento, o cautelar, como técnica de decisão, é a possibilidade de suspender a aplicação da lei impugnada e a suspensão dos processos subjetivos. Nesse ponto, vale distinguir as decisões nas três espécies de instrumentos que deflagram o processo objetivo (ADI, ADC e ADPF).

Assim, a força da decisão concessiva de liminar na ADI susta, com eficácia *erga omnes* e vinculante efeito, a vigência da norma impugnada, além de suspender o julgamento de todos os processos que discutam a aplicação da lei questionada, bem como torna aplicável a legislação anterior (revogada pela norma impugnada) acaso existente, ressalvada expressa manifestação do Tribunal em sentido contrário. Distintamente, na ADC, a liminar concedida determina, com efeitos vinculante e *erga omnes*, que os juizes e tribunais suspendam o julgamento de processos que questionem a aplicabilidade da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo. E, na ADPF, por sua vez, a cautelar deferida poderá impedir a eficácia do ato normativo impugnado até o julgamento de mérito, como também a medida poderá determinar aos juizes e aos tribunais a suspensão do andamento de processos ou os efeitos de decisões judiciais ou qualquer outra medida que tenha relação com o objeto da arguição, ressalvada as que já tenham produzido coisa julgada.

Uma outra peculiaridade é como se forma a coisa julgada nas decisões cautelares. Realmente, como a liminar concedida pode ser revogada no julgamento de mérito, as cautelares não produzem coisa julgada material, mas apenas formal. Não bastasse, o juízo de inconstitucionalidade é feito a qualquer momento, isto é, não há prescrição nem decadência para se declarar a inconstitucionalidade, ainda que liminarmente. Em outras palavras, não há preclusão para se reconhecer o vício de inconstitucionalidade. A esse respeito, em 2011, o próprio Supremo Tribunal

Federal julgou a ADI n. 4451-MC/REF, suspendendo, liminarmente, o art. 45 da Lei n. 9504/97 que tratava da trucagem e montagem na TV e no rádio, em período eleitoral. Portanto, 14 anos depois de editada a lei se reconheceu sua inconstitucionalidade cautelarmente.

5. A relação existente entre as liminares e o julgamento de mérito: compromisso institucional

Que relação existe entre as liminares e o julgamento de mérito? Em que medida as liminares influenciam o julgamento de mérito?

O quadro estatístico do Supremo Tribunal Federal comprova que o volume das decisões de mérito supera (e muito) as cautelares. Isso ocorre porque o STF procurou, nos últimos 10 anos, evitar o duplo julgamento. Assim, na maioria das vezes, o Tribunal – que só defere liminar se houver pedido do requerente, isto é, não concede a medida de ofício – faz, desde logo, incontinente, o julgamento definitivo.

5.1. Quadro de decisões em ADI

O volume de 71% de decisão final mostra uma quantidade muito maior que as decisões liminares, estas na ordem de 31%. Isso significa que o juízo de aprofundamento das decisões definitivas não é o mesmo das decisões liminares, onde o juízo deveria ser apenas superficial do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, dada a urgência, sem a preocupação de exaurir os fundamentos. Esse total de decisões definitivas equivale a dizer, também, que o Tribunal prefere pôr um fim definitivo à questão, em vez de uma solução provisória.

O quadro abaixo retrata essa realidade, esboçada a partir da estatística do Tribunal desde as primeiras ações diretas que lá chegaram até os dias de hoje:

Quadro de decisão em ADI	
Decisão final	71% (2.509)
Decisão liminar	23% (799)
Decisão interlocutória	4% (134)
Decisão em recurso interno	2% (90)
Decisão de sobrestamento	0% (7)
TOTAL	100% (3.539)

Fonte: Supremo Tribunal Federal, outubro de 2014.

5.2. Decisão final em ADI

Um recorte quantitativo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde que passou a processar as ações diretas de inconstitucionalidade até os dias de hoje, comprova que 37% das decisões finais, nessa espécie de ação, foram de não conhecimento, isto é, boa quantidade dessas ações sucumbiram por questões formais, seja pela falta de legitimidade do requerente, seja pela alegação de violação meramente reflexa ao texto constitucional ou perda de objeto da ação por superveniente alteração da norma impugnada, entre vários outros motivos.

Das que passaram pelo juízo de admissibilidade, sobraram o mérito de 73% dessas ações, em que 25% receberam o juízo de procedência no Tribunal e, em 19%, a decisão foi de improcedência. Assim, facilmente se percebe que o mérito do trabalho do legislador, quando apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, é viciado frente à Constituição na maioria das vezes. Em outras palavras, o volume das decisões de procedência é superior em 6% em relação às de improcedência, a significar que o ato normativo impugnado é, em boa parte, invalidado, quando possível ao Tribunal discutir.

Decisão final em ADI	
Não conhecida	37% (935)
Procedente	25% (635)
Improcedente	19% (464)
Não identificado	12% (310)
Procedente em parte	7% (165)
Total	100% (2.509)

Fonte: Supremo Tribunal Federal, outubro de 2014.

5.3. Decisão liminar em ADI

Um novo recorte nas decisões em ação direta de inconstitucionalidade comprova que, em 58% delas, o Tribunal adotou o rito do artigo 12 da Lei n. 9868/99, em que o relator, facultativamente, opta por um procedimento mais abreviado, instruindo todo o processo, deixando que a liminar seja apreciada junto com o mérito. A investigação, nesse mesmo recorte, permite identificar que as liminares concedidas totalizaram 25%, enquanto 11% foram indeferidas.

É curiosa a implicação desse dado, a permitir a constatação de que, quando o rito abreviado é adotado pelo relator, fica mais fácil ao Tribunal definir a liminar junto com o mérito, com todos os elementos do processo já instruído e ouvidas todas as autoridades envolvidas. Um outro significado muito importante é revelado pela constatação de que a liminar e o mérito se confundem – isto é, o juízo de liminar e de mérito se misturam muitas vezes –, merecendo igual juízo aprofundado de constitucionalidade.

Observe-se, ainda, que esse quadro de liminares alcança períodos anteriores a 1988, quando o Tribunal julgava as chamadas representações de inconstitucionalidade, como a liminar deferida em 1975 na Representação n. 933, a qual discutiu a fusão do Rio de Janeiro com a Guanabara, relatada pelo Ministro Thompson Flores.

Decisão liminar em ADI	
Adotado rito do art. 12, Lei 9868/99	58% (463)
Deferida	25% (197)
Indeferida	11% (87)
Deferida em parte	4% (36)
Prejudicado	2% (6)
Total	100% (789)

Fonte: Supremo Tribunal Federal, outubro de 2014.

6. Décadas aguardando julgamento de mérito

Exemplificativamente, na ADI n. 145 – que questiona dispositivos da Constituição do Estado do Ceará –, a liminar foi deferida em 30.11.1989, mas o mérito até hoje não foi apreciado. Também na ADI n. 1805 – que discute a reeleição presidencial no Brasil –, a liminar foi indeferida em 26.03.1998, porém, não há decisão definitiva até o presente. O que contribui para esse atraso nesses julgamentos do Tribunal?

A demora no julgamento de mérito se deve a vários fatores, mas dois deles parecem cruciais. O primeiro é a sobrecarga elevada do tribunal, que conta atualmente com um acervo aproximado de 56.624 processos[188]. Se dividirmos esse número entre 10 Ministros – excluindo o Presidente, que não recebe distribuição –, cada gabinete terá um estoque de 5.662 processos, o que representa um volume considerável de demandas judiciais. Para Cappelletti[189], mostra-se óbvio que tão elevado número de decisões compromete inevitavelmente a qualidade, esmero e

[188] Veja o acervo processual no sitio eletrônico do STF, em suas estatísticas, a última atualização datada de 20.11.2014, in < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>, acesso em 20.11.14.

[189] CAPPELLETTI, Mauro. Juizes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 119.

coerência dos pronunciamentos e, em última análise, a própria autoridade da jurisprudência do Tribunal.

O segundo fator, não menos importante que o anterior, é a necessidade de as questões impugnadas em sede de controle abstrato se acomodarem, tornando mais fácil e menos apaixonada a decisão de mérito no Tribunal. Certamente, passado tanto tempo entre a liminar e o julgamento definitivo, a tendência é que o Tribunal defina pela perda de objeto da ação direta, pois não teria disposição em modificar o plano normativo se, no plano dos fatos, as questões já foram acomodadas.

Nesse sentido, vale destacar uma das anotações de Paulo César Amorim Alves[190], para quem há no Supremo Tribunal Federal um ativismo em sede liminar. Numa pesquisa feita em 180 ADI's, o autor identificou que oitenta e quarto delas tiveram liminares concedidas, isto é, quase metade. Assim, a longa duração dessas medidas dá a elas um *status* de decisão de mérito, podendo dizer que o atraso nesses julgamentos retarda a implementação de políticas públicas em quase oito anos, a significar praticamente a sua anulação, considerando o cenário político, social e econômico específico constante da norma impugnada na ação direta.

Daí a necessidade de se desenvolver um sistema de revisão constitucional com participação direta do cidadão, com a finalidade de acomodar noções modernas do constitucionalismo, pois seria incoerente com a racionalidade o Supremo Tribunal deferir liminares esvaziando políticas públicas e, ao mesmo tempo, suspender a eficácia de atos legislativos sem oferecer oportunidade para o diálogo com o legilador[191].

Enfim, é inevitável a "apreciação de dados da realidade no processo de interpretação e da aplicação da lei como elemento trivial da própria metodologia

---

[190] ALVES, Paulo Cesar Amorim. O tempo como ferramenta de decisão no STF: um mapeamento da seletividade do tribunal nos tempos processuais das ações diretas de inconstitucionalidade. São Paulo: SBDP, 2006, p. 57, in < http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/81_Paulo%20Cesar%20Amorim%20Alves.pdf >, acesso em 15.11.14, às 14:10hs.

[191] Esse raciocínio está desenvolvido em palestra de Mark Tushnet, realizada em seminário do IDP em abril de 2010, quando discutiu o controle de constitucionalidade, conforme noticiado em 29.04.2010. In < http://www.conjur.com.br/2010-abr-29/professor-harvard-expoe-riscos-vantagens-controle-constitucional>, acesso em 20.11.14.

jurídica"[192], a revelar a necessidade de revisão de fatos e prognoses legislativas pelo órgão judicial, como se referiu Gilmar Mendes.

Certamente, essa avaliação assemelha-se ao que necessitam as decisões cautelares em controle abstrato do Supremo Tribunal Federal: uma revisão da realidade e da prospecção pelos órgãos de controle da democracia.

Considerações finais

As medidas liminares, como técnica de decisão de inconstitucionalidade, têm no fator tempo um dos aliados para tornar definitiva a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Essas medidas convivem com a noção de democracia, mas apresentam perplexidade à jurisdição constitucional, que explica, mas não justifica suficientemente como uma decisão judicial isolada, monocrática, possa contradizer uma decisão política majoritária (do Executivo ou do Legislativo).

A estatística dessas cautelares no Supremo Tribunal Federal revela a cifra negra do Tribunal, que guarda no seu volume de processos e em suas acomodações político-institucionais o *animus* para atrasar o julgamento de mérito, diante de liminares deferidas há muito tempo em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Com isso, perde o Tribunal e sucumbe a sociedade, que vê o atraso na efetivação de políticas públicas e de programas de governo, em âmbito nacional, alguns engendrados com o escopo de tornar a vida mais leve e aprazível à cidadania.

Bibliografia

- ALVES, Paulo Cesar Amorim. O tempo como ferramenta de decisão no STF: um mapeamento da seletividade do tribunal nos tempos processuais das ações diretas de inconstitucionalidade. São Paulo: SBDP, 2006, p. 57, in

---

[192] Op. Cit, p. 11.

<http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/81_Paulo%20Cesar%20Amorim%20Alves.pdf >, acesso em 15.11.14;

- BICKEL, Alexander M. The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics. Editora Yale University Press, 1986;

- CAPPELLETTI, Mauro. Juizes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999;

- ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes: 2010;

- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Embargos culturais: Mark Tushnet e o movimento Critical Legal Studies. In <http://www.conjur.com.br/2013-mar-03/embargos-culturais-mark-tushnet-movimento-critical-legal-studies?pagina=3>, acesso em 15.11.14;

- LATOUR, Bruno. Jamais Fomos Modernos – Ensaio e Antropologia Simétrica. Tradução de Carlos Irineu da Costa. Coleção Trans. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira S/A, 1ª edição, 1994;

- MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade: Hermenêutica Constitucional e Revisão de Fatos e Prognoses Legislativos pelo órgão judicial. Revista Jurídica Virtual, vol. 1, nº 8, in < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/cont_constitucionalidade.htm >, janeiro de 2000;

- PINTO, José Guilherme Berman Corrêa. Supremacia Judicial e Controle de Constitucionalidade,in<http://www.politano.com.br/userfiles/file/SUPREMACIA%20JUDICIAL%20E%20CONTROLE%20DE%20CONSTITUCIONALIDADE.pdf >, acesso em 16.11.14;

- TUSHNET, Mark. New forms of judicial review and the persistence of rights and democracy-based worries. Wake Forest Law Review, v. 38, 2003;

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. Yale Law Journal, v. 115, 2006;

- ZAGREBELSKI, Gustavo. La ley, el derecho y la Constitución. Revista Espanhola de Derecho Constitucional, Año 24, n. 72, Septiembre-Diciembre 2004;

Idp MESTRADO

O CONTROLE JURISIDICIONAL DOS ATOS PARLAMENTARES: A (IN)SINDICABILIDADE DA DECISÃO *INTERNA CORPORIS*

Victor Aguiar Jardim de Amorim[193]

RESUMO: O presente artigo tem por propósito empreender uma análise a respeito dos fundamentos e premissas da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no tocante ao controle jurisdicional do processo legislativo tendo como parâmetro os regimentos internos das Casas Legislativas. Para tanto, foi realizado um estudo de caso concernente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425/DF, em que se afastou a alegação de inconstitucionalidade formal da Emenda Constitucional nº 62, de 2009, em vista da não observância de interstício mínimo entre os dois turnos de votação, conforme previsto em Regimento Interno do Senado Federal. A partir de tal levantamento, as premissas elementares da doutrina dos atos *interna corporis* serão analisadas sob duas perspectivas: o procedimentalismo capitaneado por Jürgen Habermas e John Hart Ely e a proposta de revalorização do Poder Legislativo existente nas obras de Jeremy Waldron.

PALAVRAS CHAVE: Democracia; Separação de Poderes; Processo Legislativo; Controle de Constitucionalidade.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por propósito empreender uma análise dos fundamentos e premissas da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em sede do controle jurisdicional do processo legislativo tendo como parâmetro os regimentos internos das Casas Legislativas.

Para atingir tal intento, a formulação da chamada "teoria dos atos *interna corporis*", delineada pela jurisprudência da Corte Suprema desde a década de 1950, será objeto de estudo, a fim de que sejam apresentados os seus fundamentos

[193] Mestrando em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Orientador e Avaliador dos cursos de pós-graduação em Direito Legislativo e Administração Legislativa promovidos pelo Instituto Legislativo Brasileiro (ILB). Analista Legislativo do Senado Federal. Advogado.

básicos. Ademais, o hodierno entendimento pretoriano sobre o controle do processo legislativo será explorado, sob o viés prático, a partir de estudo de caso relativo ao julgamento da ADI nº 4.425/DF.

Uma vez realizada a sua delimitação metodológica, as premissas elementares da doutrina dos atos *interna corporis* e seus efeitos práticos no modelo do Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição da República serão analisados sob duas perspectivas: o procedimentalismo capitaneado por Jürgen Habermas (em "Direito e democracia: entre facticidade e validade") e John Hart Ely (em "Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade") e a proposta de revalorização do Poder Legislativo capitaneada por Jeremy Waldron em suas obras “A dignidade da legislação” e “*Law and Disagreement*”.

1. A TEORIA DOS ATOS *INTERNA CORPORIS* E OS LIMITES DO CONTROLE JURISDICIONAL DO PROCESSO LEGISLATIVO SEGUNDO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

1.1. Breve histórico sobre a admissibilidade do controle judicial dos atos parlamentares na doutrina pátria

De se mencionar que a questão atinente aos atos *interna corporis* e a (im)possibilidade de controle judicial dos ditos atos parlamentares permeia a história do direito constitucional brasileiro e da Suprema Corte.

A chamada doutrina dos atos *interna corporis*, tradição que remonta ao direito parlamentar inglês[194], constitui-se uma modalidade específica da doutrina das

[194] De acordo com Derly Barreto e Silva Filho, sustentado em Ignacio Torres Muro, os chamados *internal proceedings* fundamentam-se na ideia de soberania parlamentar conquistada na Inglaterra no século XVII e na regra insculpida no art. 9º do *Bill of Rights*, de 13/02/1689, segundo a qual, “a liberdade de palavra e os debates ou processos parlamentares não devem ser submetidos à acusação ou à apreciação em nenhum tribunal ou em qualquer lugar que não seja o próprio Parlamento”. Assim, em casos de conflitos, os Tribunais ingleses sempre relutaram em invadir o terreno “político” do Parlamento. Elucidando o fato, aduz Silva Filho: “pelo fato de os juízes terem sido, no século XVII, criaturas da Coroa, que deles se valia para suas persecuções (inclusive de parlamentares), o Parlamento, vitorioso, pugnando por suas prerrogativas em face do Executivo, estabeleceu radical proibição de os tribunais julgarem seus atos. Assim, ao lado da inviolabilidade parlamentar, prescreveu-se a regra segundo a qual ficava vedado ao Poder Judiciário apreciar os

"questões políticas", debatida no Supremo Tribunal Federal desde os primórdios da República brasileira no tocante aos limites do Judiciário para apreciar atos de natureza política emanados dos Poderes Executivo e Judiciário[195].

Ainda no início do século XX, diante do questionamento da regularidade da delegação legislativa veiculada no art. 2º da Lei nº 741, de 26 de dezembro de 1900[196], face à suposta violação ao regimento interno das Casas Legislativas, juristas da extirpe de Rui Barbosa, Afonso Celso de Assis Figueiredo (Visconde de Ouro Preto) e Amphilophio Botelho Freire de Carvalho "foram unânimes em afirmar a competência exclusiva do Poder Legislativo para verificar o acerto ou desacerto de seus próprios atos"[197].

Na oportunidade, concluiu o Visconde de Ouro Preto que eventual inobservância do regimento interno no procedimento de deliberação e aprovação de uma lei, não resulta na nulidade do ato normativo, uma vez que as disposições regimentais têm por propósito a regulação de assuntos internos das Casas Legislativas, *in verbis*:

> O regimento interno dos dois ramos do Congresso regula a marcha dos respectivos trabalhos em cada uma das Câmaras. Sua inobservância, porém, por parte de alguma delas, na adoção de qualquer resolução legislativa, não tira a esta a força obrigatória, atento o disposto no art. 18, parágrafo único, alínea 4º, da

processos parlamentares" (SILVA FILHO, Derly Barreto e. *Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 96-97).

[195] Em sede do Habeas Corpus nº 300, julgado em 23/04/1892, o STF negou-se a analisar a constitucionalidade da decretação de estado de sítio, porquanto, "antes do juízo político do Congresso, não pode o Poder Judicial apreciar o uso que fez o Presidente da República" da atribuição constitucional de decretar o estado de sítio, "e que, também, não é da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo". No julgamento da Apelação Cível nº 216, em 20/01/1897, a Corte Suprema, ao analisar a constitucionalidade do Decreto Legislativo nº 310/1895, que concedera anistia a todos os envolvidos em movimentos revolucionários ocorridos até 23/08/1895, mas restringia alguns efeitos para os oficiais militares, "não houvera infração de direitos adquiridos dos mencionados oficiais", uma vez que "a anistia seria uma medida essencialmente política". Nesse sentido: RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991, p. 61-86.

[196] "Art. 2º É o Governo autorizado: (...) X. A regular o funccionamento das companhias de seguros, tanto de vida como maritimos e terrestres, que funccionam ou venham a funccionar no territorio da Republica, sujeitando todas, quer nacionaes, quer estrangeiras, ás obrigações prescriptas pelo decreto n. 2158, de 1 de novembro do 1895, creando uma repartição de Superintendencia de seguros, immediatamente subordinada ao Ministerio da Fazenda, repartição que será mantida pelas quotas que serão fixadas no respectivo regulamento e pagas pelas diversas companhias que funccionarem ou vierem a funccionar no Brazil. Paragrapho unico. O regulamento expedido na parte referente ao seguro de vida será sujeito á approvação do Congresso".

[197] SILVA FILHO, Derly Barreto e. *Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 85.

> Constituição Federal [...] A cada uma das Câmaras exclusivamente cabe entender e executar, como julgar acertado, a sua lei interna.[198]

A seu turno, Amphilophio Botelho Freire de Carvalho assevera que a contrariedade à regra regimental somente terá relevância quando houver violação à preceito ou garantia de índole constitucional.

> Os regimentos das Casas Legislativas são leis internas, que só têm por objeto regular os serviços respectivos, no tocante a cada uma delas; e, desde que da transgressão daqueles não resulte violação de preceito ou garantia constitucional, não há como pôr em dúvida a força obrigatória das leis em cujo processo de elaboração se tenham verificado as transgressões.[199]

Rui Barbosa, ao tratar sobre o assunto, demonstra preocupação quanto à observância de um procedimento legislativo substancialmente democrático, concluindo, contudo, que a mera contrariedade às regras regimentais não macula o ato normativo gerado.

> São atos sucessivos, que se concretizam materialmente: a deliberação, a sanção, a promulgação, a publicação. A Justiça tem de conhecer-lhes da existência, para conhecer da existência da lei. Mas não exerce, a tal respeito, a menor função discricionária. A Constituição traçou, nos arts. 36 a 40, as regras de elaboração legislativa impostas aos três fatores, de cuja cooperação depende a formação legítima das leis. Se algumas dessas regras for materialmente conculcada, ou postergada, e dessa infração se conservar a prova autêntica nos próprios atos do Congresso ou do Governo, destinados a atestar a deliberação, a sanção, a promulgação, lei não há, porque sua elaboração não se consumou. Os tribunais, portanto, não podem aplicá-la.
> Em uma palavra, **toda contravenção material das formas constitucionais, autenticamente provada, no processo de elaboração legislativa, vicia e nulifica o ato do legislador. Não assim a simples violação de formas regimentais**.[200] [grifou-se]

Em parecer lavrado no ano de 1923, ainda sob a égide da Constituição republicana de 1891, o Deputado Francisco Campos, na relatoria da Comissão de Constituição e Justiça na Câmara dos Deputados, ao tratar sobre a inviolabilidade dos parlamentares no exercício do mandato, sustentou a impossibilidade de o Poder Judiciário imiscuir-se no processo *interna corporis* de elaboração das leis, exceto nos casos de flagrante violação à disposição constitucional.

---

[198] *apud* SILVA FILHO, Derly Barreto e. *Controle dos atos parlamentares*..., p. 85.
[199] *apud* SILVA FILHO, Derly Barreto e. *Controle dos atos parlamentares*..., p. 85.
[200] *apud* SILVA FILHO, Derly Barreto e. *Controle dos atos parlamentares*..., p. 86.

> [...] *interna corporis* são todas as regras ou disposições interiores ao corpo legislativo, isto é, as prescrições destinadas a disciplinar o seu funcionamento, sejam elas instituídas no próprio regulamento interno ou na mesma Constituição. Ou, por outra, **são aquelas regras de que o corpo legislativo é, a um só tempo, o destinatário e o juiz: o destinatário, porque o mandamento se dirige ao órgão ou á parte dele encarregada de dirigir o seu funcionamento, e o juiz, porque as questões referentes à sua observância são por ele próprio soberanamente resolvidas, de acordo com o processo estabelecido no seu próprio regimento**.
> [...]
> [As matérias *interna corporis*], embora reguladas em leis ou na Constituição, já se acham confiadas à competência de outro Poder, e não se pode admitir, dado o princípio da separação dos Poderes, duas competências atribuídas a Poderes distintos sobre o mesmo objeto [logo] todas as questões relativas ao funcionamento das Assembleias Legislativas hão de ser, forçosamente, por elas próprias resolvidas, antes de tomadas as suas deliberações. À Câmara, pois, desde que lhe cabe deliberar, há de caber, necessariamente, a competência indispensável para verificar a regularidade do processo de suas deliberações.
> [...]
> **Uma vez decidida pela Câmara uma dessas questões que lhe são interiores, se se facultasse ao Poder Judiciário abrir nova sindicância sobre a matéria, para rever a decisão, seria reduzir a nada a competência constitucional da Câmara, submetendo-a ao controle do Judiciário, que seria o único juiz da regularidade do processo legislativo, em contravenção ao princípio da autonomia e da separação dos Poderes**.[201] [grifou-se]

Sob os auspícios da Constituição de 1946, Themístocles Brandão Cavalcanti, na obra “Do Controle de Constitucionalidade”, procura delimitar a abrangência das questões *interna corporis* a partir das limitações impostas pelo texto constitucional ao Poder Legislativo, uma vez que quando “o legislador ordinário tem a sua ação disciplinada e limitada por uma norma constitucional, perde a questão o seu caráter político e deixa de constituir *interna corporis*, para definir-se a competência judiciária”[202].

Para o jurista, é mister traçar uma distinção entre a imunidade que incide sobre o exercício do poder político do Congresso e o dever de obediência jurídica às formalidades procedimentais estabelecidas na Constituição que, consequentemente, implica em limitação à atividade legislativa. Destarte, “desde que uma disciplina constitucional limita a competência de um Poder, na escolha dos meios ou da forma

---

[201] CAMPOS, Francisco Luís da Silva. *Direito Constitucional*, vol. II. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1956, p. 119-124.
[202] CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 191.

de proceder, deixa a questão de ser política, para subordinar-se ao exame judicial", de modo que, "a competência nunca é absoluta, o arbítrio não se cobre com a competência, que encontra limites no próprio poder concedido e na forma regulada pelo Estatuto Fundamental"[203].

Portanto, para Themístocles Cavalcanti, questões intestinas do Poder Legislativo que não encontrem expressa regulação constitucional estão infensas ao controle judicial, tais como "contagem dos votos, os debates e discussões havidas no curso da elaboração"[204] do ato normativo.

Já na vigência da Constituição Federal de 1967, em sua clássica obra "Do Processo Legislativo", cuja primeira edição circulou em 1968, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em consonância com as conclusões de Themístocles Brandão, pontua:

> Questão que não pode ser posta de lado é a relativa ao controle jurisdicional da observância do processo legislativo.
> Em primeiro lugar – lembre-se – cabe a propósito dele o controle de constitucionalidade. A violação de preceito constitucional, mesmo de caráter estritamente formal, importa em inconstitucionalidade e, portanto, seguindo a doutrina clássica, em nulidade do ato violador.
> Por outro lado, no Direito pátrio, nenhuma lesão de direito individual pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição). Apreciando eventual lesão, pode evidentemente chegar o Judiciário a apreciar a validade do ato normativo, e esta depende da observância dos preceitos constitucionais referentes à sua elaboração.
> E pode até o Judiciário descer à apreciação do respeito às normas regimentais, segundo entende, por exemplo, a Corte Constitucional italiana. Esta, conforme relata Biscaretti de Ruffia, julgou-se competente para apreciar os atos *interna corporis* das Câmaras quando concernentes à formação das leis. Aqui, porém, é forçoso restringir. **Se a observância dos preceitos constitucionais é rigorosa, absoluta, a dos regimentos não o é. A violação regimental, por isso, é suscetível de convalidação, expressa ou implícita. Destarte, no caso das normas regimentais, o Judiciário só pode verificar se a violação desta impediu a manifestação da vontade da Câmara. Nesse caso, então, deverá reconhecer a invalidade das regras assim editadas**.[205] [grifou-se]

Em sentido diverso às posições anteriormente expostas, Hely Lopes Meirelles, no contexto da vigência da Constituição Federal de 1988, considera que

---

[203] Idem, p. 192.
[204] Idem, p. 195.
[205] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 253-254.

os atos *interna corporis* referem-se às “questões ou assuntos que entendem direta e imediatamente com a economia interna da corporação legislativa, com seus privilégios e com a formação ideológica da lei, que, por sua própria natureza, são reservados a exclusiva apreciação e deliberação do Plenário da Câmara”[206]. Nesse sentido, apresenta como exemplos: os atos de escolha da Mesa Diretora, o procedimento de cassação de mandatos e concessão de licença e os de utilização de suas prerrogativas institucionais (elaboração de regimento interno, organização das comissões e dos serviços auxiliares)[207].

A contrariedade do pensamento de Meirelles em relação aos posicionamentos doutrinários outrora mencionados reside em sua conclusão a respeito da possibilidade de controle jurisdicional de ato legislativo em razão do descumprimento de norma regimental, *in verbis*:

> O que a Justiça não pode é substituir a deliberação da Câmara por um pronunciamento judicial sobre o que é da exclusiva competência discricionária do Plenário, da Mesa ou da Presidência. **Mas pode confrontar sempre o ato praticado com as prescrições constitucionais, legais ou regimentais que estabeleçam condições, forma ou rito para seu cometimento**.
> [...]
> O processo legislativo, tendo, atualmente, contorno constitucional de observância obrigatória em todas as Câmaras (arts. 59-69) e normas regimentais próprias de cada corporação, tornou-se passível de controle judicial para resguardo da legalidade de sua tramitação e legitimidade da elaboração da lei. Claro está que o Judiciário não pode adentrar o mérito das deliberações da Mesa, das Comissões ou do Plenário, nem deve perquirir as opções políticas que conduziriam à aprovação ou rejeição dos projetos, proposições ou vetos, mas pode e deve – quando se argui lesão de direito individual – **verificar se o processo legislativo foi atendido em sua plenitude, inclusive na tramitação regimental**. **Deparando infringência à Constituição, à lei ou ao Regimento, compete ao Judiciário anular a deliberação ilegal do Legislativo**, para que outra se produza em forma legal.[208] [grifou-se]

Apresentado um breve panorama a respeito dos mais representativos entendimentos doutrinários manifestados sobre a égide das diversas Constituições republicanas, é mister analisar no próximo tópico o desenvolvimento da compreensão jurisprudencial da matéria pelo Supremo Tribunal Federal.

---

[206] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 683.
[207] Idem, ibidem.
[208] Idem, p. 682-683.

1.2. Os constructos e fundamentos teóricos do hodierno entendimento pretoriano a respeito dos atos *interna corporis*

O Supremo Tribunal Federal, já sob a égide da Constituição Federal promulgada em 1988, paulatinamente, foi consolidando o entendimento no sentido da impossibilidade de consideração das normas regimentais como parâmetro de controle de constitucionalidade do processo legislativo.

Para a Corte Suprema, os problemas advindos da observância das normas regimentais deveriam ser solucionados no âmbito do próprio Poder Legislativo, porquanto tratar-se-iam de matéria *interna corporis*. Nesse sentido, o Judiciário só estaria legitimado a averiguar o cumprimento das disposições procedimentais de índole constitucional, ou seja, apenas e tão somente quando houver desrespeito às normas do processo legislativo contidas, de modo expresso, na Constituição Federal[209].

A identificação e delimitação metodológica da chamada "teoria dos atos *interna corporis*" se faz possível a partir da casuística da produção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal no contexto das situações em que se admite o controle preventivo de constitucionalidade por desrespeito ao devido processo legislativo, sendo a impugnação instrumentalizada pela via do mandado de segurança[210].

Aponta Leonardo Augusto de Andrade Barbosa que a premissa geral da chamada "teoria dos atos *interna corporis*" foi fixada a partir do julgamento do MS nº 1.423/DF, em 1951, segundo a qual "se os argumentos articulados para impugnar ato exarado no exercício de uma atribuição legítima do Legislativo dizem respeito apenas a 'aspectos de conveniência, oportunidade ou acerto', não cabe ao Judiciário

---

209 Cf. BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo Legislativo e Democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 162-163.

210 "1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é "a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo" (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que **o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não**" [grifou-se]. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Mandado de Segurança n.32.033/DF*. Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJe de 18/02/2014).

apreciar a questão"[211]. Contudo, no referido julgado, não foi examinada, de forma direta, as consequências jurídicas da violação de normas regimentais[212].

Por sua vez, na década de 1980, foi sendo firmado pelo Supremo Tribunal Federal o entendimento a respeito de que a interpretação de normas regimentais é atividade *interna corporis*[213].

De acordo com a construção pretoriana, é o mandado de segurança o instrumento adequado para a impugnação do trâmite do processo legislativo, "tendo em vista o direito líquido e certo que toca a cada parlamentar de participar de um procedimento de elaboração normativa marcado pela lisura e observância das normas que o disciplinam"[214]. Com efeito, conforme célebre formulação do próprio STF[215], são os parlamentares que detêm legitimidade ativa para o ajuizamento do *mandamus*, dada a qualidade de detentores de direito público subjetivo ao devido processo legislativo[216].

2. ESTUDO DE CASO: O JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.425/DF

Por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425/DF, a Confederação Nacional da Indústria (CNI) buscou a declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 62, promulgada em 09 de dezembro de 2009, que implicou na inserção dos §§9º ao 12 no art. 100 da

---

[211] Idem, ibidem.

[212] Cf. BARBOSA, ob. cit., p. 162.

[213] Nesse sentido, destacam-se os seguintes julgados: MS nº 20.247/DF (Relator Min. Moreira Alves, DJ 21/11/1980), MS nº 20.464/DF (Relator Min. Soares Muñoz, DJ 07/12/1984) e MS nº 20.471/DF (Relator Min. Francisco Rezek, DJ 22/02/1985).

[214] BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. *O controle jurisdicional do processo legislativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 102.

[215] O *leading case* de tal concepção trata-se do MS nº 20.257/DF, de relatoria do Ministro Moreira Alves. No julgamento do MS nº 21.303-AgR/DF (Relator Min. Octavio Gallotti, DJ 02/08/1991), o STF julgou improcedente mandado de segurança impetrado por "cidadão brasileiro, contra ato de Comissão da Câmara dos Deputados tendente a possibilitar a adoção da pena de morte, mediante consulta plebiscitária" em razão da "falta de legitimidade ativa do Requerente, por falta de ameaça concreta a direito individual, particularizado em sua pessoa".

[216] "O parlamentar tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional. Legitimidade ativa do parlamentar, apenas" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão no Mandado de Segurança n. 24.642/DF*. Relator: VELLOSO, Carlos. Publicado no DJ de 18/06/2004, p. 45).

Constituição Federal e do art. 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Dentre as alegações formuladas, a dita Confederação pleiteou o reconhecimento de inconstitucionalidade formal da EC nº 62/2009 por não ter sido observado rito previsto no art. 60, §2º, da Constituição da República, que exige a discussão e votação de proposta de emenda constitucional, em cada Casa Legislativa, em dois turnos. No caso, houve claro desrespeito à regra instituída no art. 362 do Regimento Interno do Senado Federal[217] que preconiza um interstício mínimo de cinco dias entre cada turno de votação.

Com efeito, na oportunidade de tramitação da Proposta de Emenda nº 12-A/2006 no Senado Federal, a votação em dois diferentes turnos deu-se mediante a realização de duas sessões realizadas no mesmo dia 02 de dezembro de 2009, com menos de uma hora de intervalo entre ambas. A observância do interstício mínimo de cinco dias foi afastada a partir da aprovação de requerimento[218] de dispensa da regra regimental com fundamento no art. 412, III, do Regimento Interno do Senado Federal[219].

Em parecer subscrito por Roberto Monteiro Gurgel Santos e Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se[220] pelo acolhimento da alegação de inconstitucionalidade formal da EC nº 62/2009, uma vez que, *in verbis*:

> [...] quando as duas votações de emenda constitucional são realizadas no mesmo dia, o que se verifica não é simples ofensa a preceito regimental, mas verdadeira fraude à Constituição: cumpre-se aparentemente a sua letra, mas ofende-se ao seu espírito, já que a ausência de qualquer lapso temporal entre cada turno frustra completamente o objetivo de viabilizar uma maior reflexão e debate

---

[217] Art. 362. O interstício entre o primeiro e o segundo turno será de, no mínimo, cinco dias úteis.

[218] Trata-se do Requerimento nº 1.600, de 2009.

[219] Tal dispositivo, cuja redação foi estabelecida pela Resolução nº 35/2006, estabelece a possibilidade de prevalência de acordo de líderes sobre norma regimental desde que aprovado, mediante voto nominal, pela unanimidade dos Senadores presentes na sessão, resguardado o quórum mínimo de três quintos dos votos dos membros da Casa. “Art. 412. A legitimidade na elaboração de norma legal é assegurada pela observância rigorosa das disposições regimentais, mediante os seguintes princípios básicos: [...] **III - impossibilidade de prevalência sobre norma regimental de acordo de lideranças ou decisão de Plenário, exceto quando tomada por unanimidade mediante voto nominal, resguardado o quorum mínimo de três quintos dos votos dos membros da Casa**".

[220] A bem da verdade, a PGR, na manifestação apresentada nos autos da ADI nº 4.425/DF, datada de 30/09/2010, limitou-se a requerer a juntada do parecer ministerial constante da ADI nº 4.357/DF dada a similaridade dos argumentos delineados nas duas ações.

> pelos parlamentares, antes da decisão definitiva sobre um tema tão relevante.

Para o Ministério Público, a previsão de votação em dois turnos contida no §2º do art. 62 da Carta Magna tem por clara finalidade assegurar uma profunda discussão e meditação dos parlamentares para alteração do texto constitucional, sendo pertinente a existência de um razoável intervalo entre os turnos.

Valendo da proposta de Jürgen Habermas, destaca o *parquet* que o interstício entre os turnos de votação trata-se de um expediente que serve à ideia de democracia deliberativa, que "parte da premissa que a democracia não se esgota no respeito à regra da maioria, mas se assenta na busca, através do diálogo, de respostas adequadas e justas para os problemas sociais".

Prosseguindo no julgamento, o Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, sensibiliza-se com o argumento da inconstitucionalidade formal da EC nº 62 por compreender que a votação da Proposta de Emenda nº 12-A/2006 deu-se de forma meramente simbólica.

> O artifício de abrir e encerrar, numa mesma noite, sucessivas sessões deliberativas não atende à exigência constitucional da realização de uma segunda rodada de discussão e votação, precedida de razoável intervalo até para a serenização de ânimos eventualmente exacerbados, ao lado de amadurecimento das ideias. Segundo turno que, não se limitando a uma nova e imediata votação, implica a necessidade de um tão renovado quanto amplo debate da proposta de emenda à Constituição, volto a dizer. O que demanda o encarecido espaçamento temporal, ora maior, ora menor, mas nunca num mesmo dia, ou no curso de uma única noite e, pior ainda, de mecânicos sessenta minutos.
> [...]
> Seja como for, a pretensa segunda rodada de discussão e votação da emenda sub judice implicou um tipo de arremedo procedimental que não tem como escapar à pecha de fraude à vontade objetiva da Constituição.

Não obstante os argumentos delineados no voto do Relator Ayres Britto, os Ministros que o sucederam na análise da ADI nº 4.425/DF afastaram a ocorrência de inconstitucionalidade formal da EC nº 62 por entenderem, em síntese, não haver

afronta direta ao §2º do art. 60 da Constituição de cujo o texto não se depreende a existência de um lapso temporal entre os dois turnos de votação[221].

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux defende a tese de que a inexistência de expressa menção a necessidade de interstício mínimo entre os turnos constitui "silêncio eloquente" da Constituição da República que, em outros pontos do texto fundamental, notadamente nos artigos 29[222] e 32[223], faz expressa alusão ao lapso temporal mínimo de dez dias entre os turnos de votação de lei orgânica dos Municípios e do Distrito Federal.

> Com efeito, não cuidou o constituinte de desde logo aludir a um interstício, de modo a explicitar um espaço de tempo que servisse de parâmetro objetivo para o exame do grau de solidez da vontade política de reformar a Constituição. Poderia tê-lo feito, evidentemente, mas não o fez. Mais do que isso: não só poderia fazê-lo como de fato o fez de modo expresso, categórico e inequívoco com relação a duas outras hipóteses de processos legislativos especiais, e que guardam estrita sintonia com a hipótese agora examinada.
> [...]
> Este cotejo entre as normas da própria Constituição de 1988 revela dois aspectos de inegável repercussão para a solução do presente caso. Em primeiro lugar, percebe-se que o constituinte atribuiu sentidos diversos às expressões "dois turnos" e "interstício mínimo", afastando uma possível relação de continência necessária entre aquela e esta. Em outras palavras, não é possível que se interprete a expressão "dois turnos", mesmo sob o ângulo lógico ou teleológico, de modo a conter também implicitamente a referência a um interregno temporal mínimo entre as duas deliberações, pois ambas as expressões foram previstas de forma expressa quando pretendeu o constituinte originário a conjugação dos dois institutos no processo legislativo.
> [...]
> Ora, simplesmente não há qualquer indeterminação na definição do sentido e do alcance de tal cláusula, que somente exige a realização

---

[221] Em aditamento de voto sobre a inconstitucionalidade formal, destacou o Ministro Dias Toffoli: "quando se exigem os dois turnos, isso não implica maturação, implica uma realidade material de se votar duas vezes. Simples assim. No caso específico, houve, em razão do que dispõe o regimento do Senado - o qual prevê o interstício -, a aprovação de requerimento dispensando o interstício pela unanimidade dos líderes. Eu não concebo, da leitura da Constituição, a ideia de que, quando se exigem os dois turnos, se exige uma maturação. Exige-se votação duas vezes, uma confirmação da votação. É o que houve, é o que basta, e não prevê prazo a Constituição, como destacou o voto divergente".

[222] "Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, **votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias**, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos". [grifou-se]

[223] "Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger- se-á por lei orgânica, **votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias**, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição". [grifou-se]

de duas etapas de discussão e de votação de proposta de Emenda à Constituição. E, do ponto de vista objetivo, tal exigência foi de fato satisfeita na aprovação da EC nº 62/09 no Senado Federal, ainda que realizados os dois turnos de modo sucessivo no mesmo dia, porquanto, a rigor, o único controle que se faria possível de ser realizado judicialmente diz respeito à hipótese de proclamarem-se duas supostas votações e debates realizados em um mesmo e único momento incindível no tempo, quando então, por absoluta impossibilidade prática, os dois turnos exigidos constitucionalmente se transmudariam em um único turno – inválido e inconstitucional, reconheça-se. Mas não é disso que se trata, como visto.

[...]

[O] cotejo entre as normas da Constituição de 1988 tornam claro que o silêncio do texto constitucional, no que concerne ao art. 60, § 2º, é um silêncio verdadeiramente eloquente, que não permite a aproximação, ainda que parcial, com o regime de interstício instituído em local diverso pelo mesmo constituinte.

Ora, se o constituinte previu não somente em uma, mas em duas regras constitucionais de processo legislativo o interstício mínimo, seria equivocado, concessa venia, reputar que esse mesmo constituinte, por mero lapso, teria simplesmente se esquecido de imprimir, apesar de querê-lo, disciplina similar justamente ao processo de reforma da Constituição Federal, muito mais impactante e relevante sob o ângulo jurídico-político para o Estado brasileiro como um todo do que os casos previstos nos arts. 29 e 32 do texto constitucional.

A dissensão aberta pelo Ministro Luiz Fux foi, respectivamente, acatada pelos Ministros Teori Zavascki, Rosa Weber, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, restando vencidos os Ministros Ayres Britto (Relator), Marco Aurélio, Celso de Mello e Joaquim Barbosa (Presidente).

De se notar que a "teoria dos atos *interna corporis*" foi lançada expressamente nas manifestações dos Ministros Teori Zavascki[224], Rosa Weber[225] e Dias Toffoli[226], para justificar, como um autêntico argumento de autoridade, a

---

[224] "O vício apontado - de que não decorreu o interstício de cinco dias entre a discussão e a aprovação em primeiro e segundo turnos -, não encontra respaldo na Constituição, que não prevê o referido interstício. **Trata-se de exigência de natureza regimental situada em domínio *interna corporis* do Congresso**". [grifou-se]

[225] "Embora me cative a colocação, e toda a fundamentação, do eminente Relator, quando conclui violado o artigo 60, § 2º, da Constituição em sua substância – como já enfatizado, o preceito não fixa o interstício temporal entre os dois turnos, diversamente do que fazem os arts. 29 e 32, concernentes a Municípios e ao Distrito Federal-, parece-me, na linha do que foi sustentado pelos votos que me antecederam nesta data, que a *ratio essendi* foi atendida pelo largo debate ocorrido no Congresso Nacional sobre o tema, ao longo dos três anos de tramitação da PEC, com inclusive quatro audiências públicas promovidas. **Não há falar, portanto, em violação do texto constitucional, em sua literalidade ou em sua essência, pelo fato de ter sido votada a Emenda na mesma noite, com uma hora apenas de intervalo, em regime de urgência, a pedido das lideranças dos partidos, em questão que classifico como *interna corporis***". [grifou-se]

[226] "Vale salientar que a Corte, tradicionalmente, possui entendimento contrário à tese do controle jurisdicional dos atos do parlamento, **quando envolvem discussão sobre a aplicação de normas**

insindicabilidade jurisdicional do desrespeito pelo Poder Legislativo das normas regimentais.

> A seu turno, é mister ressaltar que, não obstante o argumento da configuração de "silêncio eloquente" na redação do §2º do art. 60 da CF e, assim, da inexistência de afronta direta à Constituição, os Ministros que pugnaram pela não ocorrência de inconstitucionalidade formal da EC nº 62 buscaram, de certa forma, justificar a higidez do procedimento de aprovação da emenda em razão da "profunda discussão e meditação" da reforma constitucional em questão. É o que se depreende dos votos dos Ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski, sucessivamente:
>
> Ora, em um processo legislativo longo e aberto como este, iniciado em 2006 e findo em 2009, pautado não por uma, mas por quatro audiências públicas realizada com a participação da sociedade civil, parece não haver espaço, sob o ângulo material, para a tese de inocorrência de debate parlamentar suficientemente refletido para a aprovação da EC nº 62/09, de modo que não cabe falar em vício formal nem mesmo sob a suposta vertente teleológica de interpretação do art. 60, §2º, da Constituição.
>
> [...]
>
> [P]arece-me, na linha do que foi sustentado pelos votos que me antecederam nesta data, que a ratio essendi foi atendida pelo largo debate ocorrido no Congresso Nacional sobre o tema, ao longo dos três anos de tramitação da PEC, com inclusive quatro audiências públicas promovidas.
>
> [...]
>
> Com efeito, na situação presente, não há margem para se firmar a precocidade de aprovação da norma, ou mesmo a ausência de amadurecimento da questão. Ora, é de conhecimento notório de todos a ampla discussão no âmbito do Congresso Nacional a respeito da PEC dos precatórios, a envolver não apenas os parlamentares, mas também integrantes dos Governos Federal, Estaduais, Distrital e Municipais. Afinal, tratou-se de proposta de emenda que tramitou no Senado Federal por três anos e foi objeto de aprovação duas vezes nessa mesma Casa Legislativa. Não há razão, portanto, para se afirmar que sua aprovação teria ocorrido sem a devida reflexão ou amadurecimento por parte dos parlamentares.
>
> [...]
>
> Ademais, como já foi mencionado pelos Ministros que me precederam, sobretudo pela Ministra Rosa Weber e também pelo Ministro Luiz Fux, esta emenda foi aprovada por uma amplíssima maioria; portanto, não carece de legitimidade. No primeiro turno, ela foi contemplada com trezentos e vinte e oito votos afirmativos e, no segundo turno, com trezentos e vinte e nove votos afirmativos também - e isso após uma longa discussão que incluiu inclusive audiências públicas, como já salientado.

---

regimentais de qualquer das Casas, afirmando tratar-se de problemática *interna corporis*". [grifou-se]

A *contrario sensu*, é autorizado concluir que os mesmos magistrados convergem sobre a necessidade de observância à dimensão substancial do processo de mudança da Constituição, de modo a ser insuficiente o mero cumprimento do procedimento formal extraído das disposições constitucionais, exigindo-se que a deliberação tomada seja fruto de intenso debate travado em arena de equânime igualdade entre os atores políticos participantes.

Dentre os votos que concluíram para inconstitucionalidade formal da EC nº 62/2009, destacam-se os argumentos despendidos pelos Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa. O primeiro, de forma acurada, pontuou a importância do papel da Corte Suprema em assegurar a dimensão substancialmente democrática do processo legislativo, ainda mais em contexto de alteração da Lei Fundamental da nação. Tal compreensão, na ótica do Ministro Marco Aurélio, deve orientar o intérprete da Constituição quando da análise dos dispositivos concernentes ao procedimento de discussão e deliberação das emendas constitucionais, sob pena de ser conferida extrema valorização à "forma pela forma em detrimento do conteúdo da norma".

> A interpretação teleológica do disposto no parágrafo 2º do artigo 60 da Carta Federal exclui, seja qual for o interesse momentâneo, a queima de etapas, ao prever que a proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambas, e em cada qual duplamente, três quintos dos votos dos respectivos membros.
> O preceito não agasalha o açodamento, ou seja, não agasalha simplesmente a forma pela forma.
> Ter-se dupla votação contempla espaço razoável para a necessária reflexão, o que se pretende alterar o documento básico da República, a Constituição Federal. No caso, não houve esse espaço, por isso ou por aquilo – e, assim, vamos contando, como costumo ressaltar, a história do Brasil. Resolveu-se que, no Senado, a votação seria imediata quanto ao segundo turno. Potencializou-se, como disse, a forma pela forma em detrimento do conteúdo na norma.
> A própria Casa interpretou bem o texto constitucional, no que editou o Regimento prevendo o interregno entre uma votação e outra e ele não foi respeitado.
> Não estou invertendo as coisas, a ordem natural das coisas, interpretando a Constitucional Federal à luz do Regimento Interno. Não, o que estou apontando é que o Regimento Interno do Senado da República – e o Senado não é uma terra sem lei –, ao prever o intervalo de cinco dias, homenageou o texto constitucional.

Após tecer tais considerações, o Ministro Marco Aurélio rebateu a tese segundo a qual haveria um silêncio eloquente da Constituição de 1988 a respeito da

necessidade de interstício entre os turnos de votação de emenda constitucional. Entende o magistrado que a interpretação dada pelos Ministros Luiz Fux e Dias Toffoli seria inaceitável não só em termos de interpretação teleológica do §2º, art. 60, como também por razões de interpretação sistemática do texto constitucional, porquanto seria um contrassenso insuperável defender a obrigatoriedade de observância de interstício mínimo para alteração de lei orgânica municipal e do Distrito Federal e não o fazê-lo em relação à Lei Fundamental do país: a própria Constituição. De acordo com o Ministro, entender desse modo, seria advogar que, no Brasil, existem maiores dificuldades procedimentais para se reformar o diploma fundamental de um Município do que para alterar a Constituição da República.

Em complemento a tal fundamentação, o Ministro Joaquim Barbosa busca em seu voto realçar a importância do papel da Corte Suprema na preservação da efetiva participação das minorias parlamentares no processo de reforma constitucional. Partindo de tal premissa, o Supremo Tribunal Federal estaria ignorando sua função contramajoritária ao chancelar a não observância do interstício mínimo de cinco dias previsto no art. 352 do Regimento Interno do Senado Federal por “deliberação unânime das lideranças partidárias”.

> Pergunta-se se não competiria ao Senado definir o que são turnos, para fins de aplicação do art. 60, § 2º da Constituição. A resposta é positiva, e o Judiciário não pode definir originariamente se turnos compreendem semanas, dias, meses ou qualquer outra medida de tempo.
> Porém, compete ao Supremo Tribunal Federal garantir que a definição dos “turnos” assegure a cada um dos Congressistas e dos cidadãos brasileiros que o processo legislativo possa ser entendido e debatido.
> Cabe à Suprema Corte apontar se uma dada definição de “turno” viola expectativas constitucionais legítimas.
> A propósito, lembro a sábia observação do Justice Stone na mais famosa nota de rodapé da história da jurisdição constitucional norteamericana: atenção especialíssima deve ser conferida às alegações de inconstitucionalidade em desfavor de grupos insulares e discretos, pois eles não têm acesso pleno ao processo político democrático[227].
> A votação apressada do projeto de emenda tolheu a capacidade individual de cada congressista, das minorias políticas

[227] De acordo com Paulo Gustavo Gonet Branco, “a referência a minorias discretas e insulares alude a uma nota de rodapé (n. 4) no caso United States v. Carolene Products Co (304 U.S. 144, de 1938), em que se lançou o ethos da nova política de auto-contenção da Suprema Corte, sob o entendimento de que a jurisdição constitucional deve-se voltar primacialmente para resguardar as minorias com menor poder de defesa dos seus interesses e valores no jogo político habitual” (Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André *et al* (orgs). *As novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Podium, 2011, p. 387-402).

> representantes e de cada um dos cidadãos representados de compreender e de influenciar, no momento oportuno, a discussão de tema tão grave. Talvez essa falta de oportunidade para boa compreensão do tema tenha resultado no placar final de votação, que não registrou contrariedade à proposta.

Em suma, delineados os argumentos, sagrou-se vencedora a divergência inaugurada pelo Ministro Luiz Fux a respeito da insindicabilidade judicial de eventual descumprimento de interstício mínimo entre os turnos de votação de projeto de emenda constitucional fixado por Regimento Interno das Casas Legislativas, na esteira da famigerada “teoria dos atos *interna corporis*”.

Com efeito, restou assim formatado o trecho da ementa da ADI nº 4.425/DF no tocante a questão de inconstitucionalidade formal da EC nº 62/2009:

> 1. A Constituição Federal de 1988 não fixou um intervalo temporal mínimo entre os dois turnos de votação para fins de aprovação de emendas à Constituição (CF, art. 62, §2º), de sorte que inexiste parâmetro objetivo que oriente o exame judicial do grau de solidez da vontade política de reformar a Lei Maior. A interferência judicial no âmago do processo político, verdadeiro locus da atuação típica dos agentes do Poder Legislativo, tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto da Constituição Federal. Inexistência de ofensa formal à Constituição brasileira[228].

3. A PERSPECTIVA PROCEDIMENTALISTA: O DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO COMO PROCEDIMENTO DE DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Diante das situações concretas apresentadas no tópico anterior, é de se questionar: dado o papel contramajoritário da Suprema Corte e a finalidade da jurisdição constitucional em assegurar a higidez do “jogo democrático”[229], a rejeição da alegação de inconstitucionalidade formal da EC nº 62/2009 pelo STF no julgamento da ADI nº4.425/DF consiste em uma postura de autocontenção ou em grave omissão quanto a um dever de correção procedimental?

---

[228] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.425/DF*. Relator para o acórdão: FUX, Luiz. Publicado no DJe de 19/12/2013.

[229] Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 335: “a justificativa da existência do Estado não reside primariamente na proteção de direitos subjetivos iguais, e sim na garantia de um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, dentro do qual civis livres e iguais se entendem sobre quais normas e fins estão no interesse comum de todos”.

Partindo da análise da compreensão da Suprema Corte a respeito dos limites do controle jurisdicional do processo legislativo, é possível depreender a inadequabilidade de tais posições face ao paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, culminando em uma situação de total insegurança jurídica decorrente da ausência de parâmetros normativos, o que conduz a um exercício cada vez mais arbitrário do poder político por restritos segmentos da sociedade[230].

Na avaliação de Marcelo Cattoni, a "privatização" do processo legislativo com a chancela do STF fica evidenciada diante da restrição de legitimidade para ajuizamento de mandado de segurança aos parlamentares. Afinal, ao conferir a titularidade de impugnação do processo legislativo apenas aos parlamentares, estar-se-á possibilitando que o exercício do direito público subjetivo seja utilizado como instrumento de barganha diante da conjuntura do jogo político-partidário no âmbito das Casas Legislativas.

> [C]olocada, nesses termos, pelo Supremo Tribunal, a questão acerca da irregularidade e da inconstitucionalidade da tramitação de um projeto de lei ou de uma proposta de emenda constitucional acabaria sendo reduzida a um interesse particular e exclusivo dos deputados e senadores, enquanto "condições para exercício de sua [sic] atividade parlamentar", e jamais referida à produção da lei como afeta à cidadania em geral.
> [...]
> No Brasil, essas posições assumidas pelo Supremo Tribunal Federal, competente para controlar a constitucionalidade da atuação (e da não-atuação) dos órgãos de cúpula do Estado, revelada por um entendimento jurisprudencial inadequado ao paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, têm levado, de uma perspectiva não somente normativa, mas também objetiva, ao surgimento de verdadeiras *ilhas corporativas de discricionariedade*, o que estará resultando numa quase total ausência de parâmetros normativos, abrindo espaço, dessa forma, para um exercício cada vez mais arbitrário do poder político.[231] (grifo no original)

Como exposto por José Alcione Bernardes Júnior e Leonardo Augusto de Andrade Barbosa, o sistema jurídico-constitucional conformado pela Carta Cidadã de 1988 "consagra não a supremacia do Parlamento, mas, sim, a supremacia da Constituição, em cujo bojo se aloja o princípio fundamental do devido processo legal"[232]. Portanto, não se pode compreender a atuação do Poder Legislativo em matéria de produção de atos normativos como algo supremo, indene de controle

---

[230] Cf. BARBOSA, ob. cit., p. 112-113.
[231] CATTONI, Marcelo. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 49-51.
[232] Cf. BERNARDES JÚNIOR, ob. cit., p. 115.

institucionalizado diante de eventuais discricionariedades e até mesmo arbitrariedades cometidas sob o manto do "jogo político".

> A garantia de uma esfera jurídica privativa do parlamento não serve mais à afirmação da soberania do Poder Legislativo, cuja atividade encontra-se vinculada à Constituição. O espaço de discricionariedade que remanesce reservado às legislaturas atende não à hierarquização dos poderes estatais, mas ao equilíbrio entre eles. A independência do espaço no qual se institucionaliza a formação da vontade política, por sua vez, não é uma mera garantia institucional do Congresso, mas uma garantia do próprio regime democrático. Dessa forma, a crítica à doutrina dos atos *interna corporis* não se confunde com um tipo de questionamento da independência do Poder Legislativo ou, ainda, com a defesa de sua submissão ao Judiciário, que funcionaria como um suposto "poder neutro" ou "moderador". Pelo contrário, essa crítica procura identificar as condições nas quais se afirma a independência da legislatura, ou seja, seus limites constitucionais.[233]

O constante alargamento da noção do que seja matéria *interna corporis* obscurece, com esteio nos constructos procedimentalistas de Jürgen Habermas, a compreensão das normas regimentais como materialização das condições procedimentais assecuratórias de um jogo argumentativo, em que seja garantida a participação de todos os envolvidos no processo decisório[234], o que caracteriza o Estado Democrático de Direito.

Ao manter a hodierna linha de pensamento, o STF, por via indireta, não assume seu papel no Estado Democrático de Direito na qualidade de Corte Constitucional e salvaguarda do princípio democrático. Ademais, ao se limitar a exercer a jurisdição nas situações de literal e direto desrespeito às normas procedimentais inseridas no texto constitucional, confere ao arbítrio da maioria a definição do substancial procedimento legislativo a ser observado, contemplando, inclusive, sob o pálio do recurso denominado "acordo de lideranças", eventuais excepcionalidades que constituem flagrante supressão do direito das minorias parlamentares.

Anote-se que tal panorama poderá contribuir para a derrocada do núcleo essencial do princípio democrático, porquanto estar-se-á legitimando uma espécie de ditadura da maioria ao suprimir a garantia da minoria em ver devidamente observadas as regras regimentais e as finalidades decorrentes da Constituição

---

[233] Cf. BARBOSA, ob. cit., p. 161.
[234] Cf. HABERMAS, ob. cit., p. 159-163.

concernente à identificação do processo legislativo com a ideia de democracia deliberativa.

Com efeito, evidencia-se a suma importância de uma regulação imparcial e racional dos regimentos e das práticas procedimentais adotadas pelas Casas Legislativas para que cumpram sua finalidade constitucional de disciplinar o processo de produção normativa, garantindo as condições comunicacionais e negociais necessárias para o debate público mais democrático possível[235].

É o processo legislativo o núcleo central do regime constitucional no Estado Democrático de Direito, tendo por propósito básico promover a integração da sociedade. Logo, o Direito não deve limitar-se a mera "densificação de princípios sociais universais na pluralidade das eticidades substantivas das organizações políticas concretas"[236], devendo fazê-lo de tal modo que "os destinatários de suas normas possam reconhecer-se como coautores das mesmas"[237]. E tal possibilidade de reconhecimento é garantida pela observância do procedimento de formação normativa cujas balizas são estabelecidas e estruturadas pela Constituição. Com efeito, "somente as condições processuais para a gênese democrática das leis assegura a legitimidade do Direito"[238]. Daí a imprescindibilidade da atuação dos tribunais constitucionais para garantir a observância pelo Poder Legislativo dos pressupostos comunicativos e as condições procedimentais do processo de legislação democrático. Trata-se, na formulação de John Hart Ely, do papel do Poder Judiciário de desobstrução dos canais de mudança política e desbloqueio dos impasses democráticos, *in verbis*:

> A linha de decisão judicial constitucional que aqui recomendo é análoga ao que seria, nos assuntos econômicos, uma orientação 'antitruste', entendida como oposta a uma orientação 'reguladora' – em vez de ditar resultados substantivos, ela intervém apenas quando o 'mercado', neste caso o mercado político, está funcionando mal de modo sistêmico. (Também é cabível uma analogia com um árbitro de futebol: o juiz deve intervir somente quando um time obtém uma vantagem injusta, não quando o time 'errado' faz gol.) Não é justo dizer que o governo está 'funcionando mal' só porque às vezes ele gera resultados com os quais discordamos, por mais forte que seja nossa discordância (e afirmar que ele obtém resultados de que 'o povo' discorda – ou de que discordaria, 'se compreendesse' – na

---

[235] Cf. HABERMAS, 2003a, p. 142.
[236] CATTONI, Marcelo. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1119.
[237] Idem, ibidem.
[238] HABERMAS, ob. cit., p. 326.

maioria das vezes é pouco mais que uma projeção delirante). Numa democracia representativa, as determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos; e, se a maioria realmente desaprová-los, poderá destituí-los através do voto. O mau funcionamento ocorre quando o processo não merece nossa confiança, quando (1) os incluídos estão obstruindo os canais da mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou (2) quando, embora a ninguém se neguem explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa, em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos.

> É óbvio que nossos representantes eleitos são as últimas pessoas a quem devemos confiar a identificação de qualquer uma dessas situações. **Os juízes nomeados, no entanto, estão relativamente à margem do sistema governamental e só indiretamente precisam preocupar-se com a permanência no cargo. Isso não lhes dá um canal de acesso especial aos valores genuínos do povo norte-americano: na verdade, pelo contrário, praticamente assegura que não terão esse acesso. No entanto, isso também lhes dá condições de avaliar objetivamente – embora ninguém possa dizer que a avaliação não estará cheia de decisões discricionárias tomadas no calor do momento – qualquer reclamação no sentido de que, quer por bloquear os canais de mudança, quer por atuar como cúmplices de uma tirania da maioria, nossos representantes eleitos na verdade não estão representando os interesses daqueles que, pelas normas do sistema, deveriam estar**[239]. [grifou-se]

No tocante às eventuais críticas quanto a uma pretensa invasão do Judiciário na esfera de autonomia dos demais Poderes, pondera Jürgen Habermas:

> [A] constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (o que significa: mais corretas por serem equitativas). Somente as condições processuais da gênese democrática das leis asseguram a legitimidade do direito. **Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos**. O esquema clássico da separação e da interdependência entre os poderes do Estado não corresponde mais a essa intenção, uma vez que a função dos direitos fundamentais não pode mais apoiar-se nas concepções sociais embutidas no paradigma do direito liberal, portanto não pode limitar-se a proteger os cidadãos naturalmente

[239] ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança*: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução: Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 136-137.

> autônomos contra os excessos do aparelho estatal. A autonomia privada também é ameaçada através de posições de poder econômicas e sociais e dependente, por sua vez, do modo e da medida em que os cidadãos podem efetivamente assumir os direitos de participação e de comunicação de cidadãos do Estado. Por isso, **o tribunal constitucional precisa examinar os conteúdos de normas controvertidas especialmente no contexto de pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático. Tal compreensão procedimentalista da constituição imprime uma virada teórico-democrática ao problema de legitimidade do controle jurisdicional da constituição**[240]. [grifou-se]

Desponta, assim, o fundamental papel do Supremo Tribunal Federal enquanto bastião dos interesses contramajoritários, fazendo evocar sua função de guardião da Constituição e, desse modo, avançar na compreensão de complementariedade da democracia e constitucionalismo, criando condições para a observância de um procedimento de formação de leis efetivamente democrático e participativo.

> De frisar, numa palavra, que, no processo constitucional, não se trata de justificar a validade das normas jurídicas legislativas, mas, sim, de averiguar a constitucionalidade e regularidade do processo legislativo, aplicando a Constituição. Há aqui uma diferença inafastável do modo e da finalidade dos processos constitucional legislativo e jurisdicional constitucional, numa reinterpretação constitucionalmente adequada ao princípio da separação dos poderes[241].

Por conseguinte, na esteira dos constructos procedimentalistas, seria necessária a revisão dos pressupostos teóricos que sustentam a jurisprudência atual do Supremo sobre o assunto. Ao relegar a problemática concernente à observância das normas regimentais ao âmbito dos atos *interna corporis*, a Corte nega o status constitucional de tais disposições normativas, ignorando que as normas que fixam o procedimento de formação legislativa constituem comandos normativos densificadores de princípios de ordem constitucional, em especial, o princípio democrático.

> O judiciário, enquanto controle contramajoritário, exerce um papel fundamental para a própria configuração da democracia em contraposição a uma ditadura da maioria. No entanto, os riscos são extremamente significativos se a norma e valor são assumidos como termos indistintos. Um determinado Tribunal pode também se

---

[240] HABERMAS, ob. cit., p. 326.
[241] CATTONI, Marcelo. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários*..., p. 1121.

> assumir como o responsável direto pela implementação dos valores concretos dessa comunidade e, a esse título, assumir o papel não somente de legislativo, mas de constituinte permanente, sem ter sido eleito por ninguém. O resgate da perspectiva deontológica que informa o enfoque da questão de um autor como Ronald Doworkin e o olhar daqueles que os norte-americanos denominariam mais genericamente de democratas, é aqui imprescindível e essencial para que se possa evitar a privatização da própria Constituição, passível de ser considerada propriedade daqueles que deveriam guardar precisamente o seu caráter público, ou seja, garantir que ela operasse como a regência de uma associação de homens livres e iguais, que vivem sob a égide das leis que fizeram para si próprios.[242]

A partir da formulação procedimentalista apresentada no presente tópico, a inatividade traduz uma opção ideológica da Suprema Corte condescendente com a “privatização” do processo legislativo e o domínio dos negócios políticos pela maioria circunstancial e, dessa forma, mesmo quando provocado, ao ignorar a lesão ao princípio democrático, deixa de conferir supremacia à Constituição.

4. O CONTRAPONTO NECESSÁRIO: A REVALORIZAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO

Com esteio no estudo de caso apresentado no presente artigo e a proposta procedimentalista de fundamentação da legitimidade da jurisdição para a sindicabilidade do processo legislativo em casos de violação de normas regimentais densificadoras de diretrizes constitucionais, oportuno se faz apresentar uma perspectiva de valorização da autonomia funcional do Poder Legislativo.

Tal viés implica, de certa forma, na limitação da colonização do Direito sobre a Política, conferindo deferência à lógica e dinâmica do jogo político. Ademais, é preciso evidenciar que a tendência de enaltecimento do protagonismo do Poder Judiciário após a Constituição de 1988 (por meio do *neoconstitucionalismo* e outros quetais[243]) implica, de maneira direta, na consideração da atividade política como

---

[242] CARVALHO NETTO, Menelick de. Prefácio. In: CATTONI, ob. cit., p. 31-32.

[243] Para crítica aos fundamentos do *neoconstitucionalismo* e da *teoria dos direitos fundamentais*, vide: KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo*. São Paulo: Almedina, 2011, p. 195-214. “[A] tese da onipresença da Constituição é uma opção de exclusão, na medida em que enquadra o Poder Judiciário e, especialmente, o Tribunal Constitucional responsável pela última palavra em matéria de interpretação constitucional, no centro do Estado Democrático de Direito, excluindo, assim, o protagonismo do cidadão ou da comunidade política para quem se direciona a própria fundação da democracia [...] Onipresença da Constituição e onipotência

algo indigno e indecoroso e, assim, em aversão ao Poder Legislativo. Em passagem clássica, Jeremy Waldron evidencia a existência de tal preconceito, *in verbis*:

> As pessoas convenceram-se de que há algo *indecoroso* em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais, com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter.[244]

Em sua obra "*Law and Disagreement*", Waldron defende a ideia da necessidade de se estabelecer uma estrutura institucional que promova o agir coletivo para, dessa forma, viabilizar que a sociedade resolva sobre questões controversas (desacordos morais). Tal é o desafio a ser enfrentado, e as democracias liberais modernas, de certa maneira, foram bem sucedidas ao eleger o Parlamento como o lócus para dirimir os desacordos sobre princípios. Os desacordos morais e demais questões de princípios sensíveis são enfrentadas tendo por pressuposto o que Waldron denominou de "circunstâncias políticas", compostas pelo binômio desacordo e necessidade de ação conjunta[245].

Nesse viés, o pensador neozelandês, para enfrentar a atual indisposição face ao Poder Legislativo, evidencia a inafastabilidade dos desacordos morais e a necessidade do estabelecimento de um procedimento político decisório para resolução dos conflitos[246] sem desconsiderar a ideia de dissenso permanente. Com efeito, enaltece o critério da decisão majoritária como o mais adequado e democrático até então desenvolvido, em contraposição à alternativa de se conferir a autoridade decisória à "racionalidade argumentativa" de um pequeno grupo de juízes[247].

> Waldron pretende consagrar a legislação como fonte digna do direito, e, assim, procura dar resposta à crítica comum que se tem feito à legislação majoritária (aprovada segundo a regra da maioria) que a

---

judicial convertem-se em um mesmo tipo de ditadura do Judiciário que é diuturnamente reforçada pelo discurso elitista e excludente da racionalidade jurídica da ponderação" (p. 209-210).

[244] WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5.

[245] WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 102-103.

[246] Idem, p. 243.

[247] Idem, p. 53-54.

> acusa de ser arbitrária, uma mera soma de números, uma pura determinação estatística. Em geral, essa crítica é feita pelos defensores do *judicial review* que, para tanto, buscam denegrir a imagem da legislação ou do próprio Poder Legislativo. Seria péssimo, segundo a visão desses críticos, que questões tão relevantes para a vida da comunidade sejam decididas meramente por meio da contagem de cabeças. Por esse argumento querem excluir do parlamento a deliberação sobre princípios (direitos fundamentais).
>
> Waldron inicia sua resposta com a afirmação de o método de tomada de decisão segunda a regra da maioria é tão antigo quanto a democracia ateniense e, mais, ele é aplicado pelas próprias cortes ao decidirem questões envolvendo direitos fundamentais. Ele cita, então, inúmeras decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos cujo placar final foi de cinco votos contra quatro. Se houver qualquer arbitrariedade em uma decisão majoritária legislativa, ela deve estar presente também nas decisões da Suprema Corte, de modo a viciar quase todo o direito constitucional norte-americano. Ele enfatiza, portanto, que a diferença entre a legislação e a decisão da Corte é de representação, não de método decisório.
>
> Mas a principal defesa que se pode fazer da regra da maioria contra as críticas fundadas na arbitrariedade vale para as decisões das cortes, assim como para as dos parlamentos: o consentimento de que fala Locke não é físico ou de qualquer outro tipo, mas moral e relacionado à autorização para o agir coletivo de uma comunidade e à legitimidade dessa ação.
>
> Desse modo, Waldron interpreta Locke de modo que a homenagear o procedimento. Isso quer dizer que a decisão segundo a regra da maioria não diz nada sobre a sua correção, senão apenas que a decisão, se adotada pela maioria, será legítima em relaçãos a questões para as quais o consentimento é relevante. O respeito a uma decisão majoritária não está relacionado a nenhuma reivindicação de maior sabedoria das multidões, como querem os críticos, mas a sua legitimidade.[248] [grifou-se]

Sobre a "física do consentimento", Waldron apresenta severas críticas às teorias deliberativistas que enfatizam a "conversação e a unanimidade como valores processuais-chaves"[249], olvidando a persistência do dissenso, cujo impasse somente poderá ser solvido mediante o critério decisório da maioria.

> Os modernos proponentes da democracia deliberativa enfatizam a conversação e a unanimidade como valores processuais-chave. Idealmente, dizem, "a deliberação almeja chegar a um consenso racionalmente motivado – encontrar razões que sejam persuasivas para todos os que estão comprometidos a agir com base nos resultados de uma avaliação livre e arrazoada das possibilidades pelos iguais" [Joshua Cohen] Ora, tal objetivo é certamente

---

[248] VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito*: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. 2013. 203f. Tese (doutorado) - Faculdade de Direito da USP. Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 139-140.

[249] WALDRON, Jeremy. *A dignidade*..., p. 184.

> importante em termos da lógica da deliberação. Argumentar de boa-fé é apresentar razões que (pensamos) o outro deve aceitar. O fato de duas ou mais pessoas persistirem no argumento significa que consideram seriamente a possibilidade de, no fim, as mesmas considerações convencerem a todos. (Do contrário, para que se incomodar?) Contudo, **aceitar o consenso como o *telos* interno da deliberação não é a mesma coisa que insistir nele como resultado político adequado. É aí que os teóricos deliberativos erram. Eles supõem que a dissensão ou discordância é necessariamente um sinal do caráter incompleto ou politicamente insatisfatório da deliberação. Sua abordagem sugere que deve haver algo errado na política da deliberação se a razão falha, se o consenso nos foge e se não há nada a fazer além de contar cabeças. Na verdade, alguns até sugeriram que só podemos ter certeza de que um processo é deliberativo se o seu resultado for unânime**.
>
> [...]
>
> Em uma posição como essa, a necessidade de votar deve parecer uma admissão de fracasso, ditada talvez por prazos, detalhes práticos, pela ignorância ou pelo preconceito invencíveis de algumas ou de todas as partes.
>
> Assim, é tentador para os teóricos da democracia deliberativa tentar marginalizar a votação e os processos (como a decisão majoritária) que a votação implica nas suas descrições da deliberação.[250] [grifou-se]

Diante de tais premissas, vale questionar: seria legítimo conferir ao Poder Judiciário a última palavra quanto à definição da materialidade constitucional das normas regimentais que tratem diretamente do processo legislativo e, assim, considera-las parâmetro de controle de constitucionalidade?

Posta a questão de tal forma, está a se aventar a possibilidade de o Poder Judiciário, por critério de "racionalidade jurídico-argumentativa", sindicar a apreciação e a observância do Parlamento a respeito das regras procedimentais editadas pela própria Casa Legislativa em caráter de exclusividade.

Enfim, a resposta a tal indagação perpassa sobre a análise da natureza (jurídica?) do Regimento Interno.

Segundo parte considerável dos juristas que se debruçaram sobre o assunto, as normas regimentais integram o ordenamento jurídico e "enquanto regras de direito positivo dotadas de previsão constitucional, são normas cogentes, de observação obrigatória[251] por todos os seus destinatários"[252].

---

[250] Idem, p. 184-185.

[251] A respeito da vinculatividade normativa dos Regimentos Internos das Casas Legislativa, bem como de sua parametricidade para fins de controle de constitucionalidade, vide: CANOTILHO, José

Idp MESTRADO

> A natureza dos regimentos das assembleias políticas está longe de ser pacífica. Seja ela qual for, se as próprias assembleias podem modificar as normas regimentais quando lhes aprouver, não poderão dispensar-se de as cumprir enquanto estiverem em vigor. Quando o Parlamento vota uma lei, ou uma resolução, o objecto da deliberação é o projecto ou a proposta e não o regimento; essa deliberação tem de se fazer nos termos que este prescreve e não pode revestir o sentido de modificação tácita ou implícita das suas regras. O princípio que aqui se projecta para além do princípio hierárquico é sempre o de que o órgão que pode modificar a lei sob que vive deve, pelo menos, fazê-lo específica e directamente. Doutro modo, frustrar-se-ia a missão ordenadora do Direito e comprometer-se-ia a própria idéia de institucionalização jurídica do poder.[253]

Partindo da análise de Jorge Miranda, constata-se que a atribuição de juridicidade e cogência incondicional e ampla ao Regimento Interno é calcada no pressuposto da institucionalização jurídica do poder e, consequentemente, na onipotência do Judiciário para apreciar, inclusive, as “circunstâncias políticas” (na expressão de Jeremy Waldron), posto que, em última instância, a “constitucionalização” total do Estado fundamentaria a legitimidade da apreciação jurisdicional.

O fato é que a defesa da parametricidade do Regimento Interno[254] implica na supressão da autonomia do Poder Legislativo diante das vicissitudes e peculiaridades das circunstâncias políticas que envolvem o processo de criação normativa, entregando ao Poder Judiciário, guiado por critérios de racionalidade jurídica, a palavra final sobre a adequabilidade substancial da ação legislativa face ao regimento.

Há que se conferir a devida apreciação e qualificação à suposta “inobservância” pontual das normas regimentais, porquanto a condução

---

Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 922-923; BARBOSA, ob. cit., p. 173-192; BERNARDES JÚNIOR, ob. cit., p. 110-111.

[252] BARBOSA, ob. cit., p. 174.

[253] MIRANDA. Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 486.

[254] Nesse sentido: BARBOSA, ob. cit., p. 191: “As normas regimentais são princípios e regras jurídicas de direito
público, cuja observância por parte das Casas Legislativas é obrigatória e indisponível. Tais normas não estão sujeitas a modificações tácitas. A despeito de situarem-se no plano infraconstitucional, as normas regimentais referentes ao processo legislativo funcionam como parâmetros necessários para a aferição do cumprimento das disposições constitucionais acerca da produção válida de normas jurídicas. Por essa razão, sua violação pode levar à inconstitucionalidade do provimento legislativo resultante do processo viciado. Nessa hipótese, as normas regimentais funcionam como normas interpostas, uma vez que consubstanciam, por meio do exercício do poder autonormativo das Casas Legislativas, a delegação constitucional para estabelecer a medida necessária de deliberação capaz de justificar uma decisão nos discursos de justificação das normas".

procedimental propriamente dita está submetida aos mesmos pressupostos da materialidade da função legiferante: respeito aos limites estabelecidos na Constituição e a decisão majoritária como critério democrático por excelência. Não é dado atribuir à inobservância do Regimento Interno os mesmos efeitos de violação à Constituição e, também, ignorar a diferença entre uma minoria "vencida" e uma minoria "sufocada".

A inobservância pontual de uma regra regimental (que não seja reprodução do texto constitucional) a partir de um consenso formado no seio da Casa Legislativa tendente a viabilizar a tramitação de determinado projeto de lei não enseja, necessariamente, um desrespeito à Constituição.

É exatamente nesse ponto que reside a crítica à postura de conferir legitimidade ao Poder Judiciário para atribuir a "materialidade constitucional" à determinadas normas regimentais. De se notar que, nesse contexto, existe uma superposição de Poderes e não uma relação harmônica ou de *check and balances*, afinal, ainda que haja consenso (o que envolve a minoria), a manifestação política estaria sendo substituída pela apreciação jurídica de um pequeno número de juízes.

Destaca-se, por oportuno, as palavras de Dieter Grimm, *in verbis*:

> Disso sofre a separação entre direito e política, pois a aplicação do direito torna-se forçosamente o seu próprio criador de normas. A tarefa política da decisão programadora passa para as instâncias que devem tomar decisões programadas e que somente para tanto estão legitimadas a aparelhadas. Isso não tinge apenas a vinculação legal da administração. **Onde faltam critérios legais que determinem a conduta dos destinatários da norma de forma suficiente, a jurisdição também não pode fiscalizar se os destinatários se comportaram legalmente ou não. Porém, se ela aceitar sua missão de fiscalização, ela não vai mais utilizar critérios preestabelecidos, mas impor suas próprias noções de exatidão. Dessa maneira, ela se transforma, em escala intensificada, em poder político que, ele mesmo, assume funções de legislação. Então, a decisão política migra para onde ela não tem que ser responsabilizada politicamente, enquanto que à responsabilidade política não corresponde mais nenhuma possibilidade decisória. Nesse ponto, no nível da aplicação do direito paira a ameaça de uma nova mistura das esferas funcionais de direito e política, para a qual ainda não são visíveis soluções convincentes nos dias de hoje**.[255] [grifou-se]

---

[255] GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte, 2006, Del Rey, p. 19-20.

Afinal, nesse sentido, ficaria ao alvedrio do Judiciário a seleção e definição de quais normas regimentais seriam alçadas à condição de parâmetro de controle, tendo por critério a "densificação" das condições procedimentais de natureza constitucional, o que implicaria na retirada de autonomia do Parlamento em realizar, de modo direto, a interpretação da Constituição, visto que a última palavra a respeito da materialidade constitucional de determinada norma regimental seria dada por magistrados.

Nesse viés, vale lançar mão de instigante observação feita pelo Deputado na Constituinte de 1987-1988 e ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, o jurista Nelson Azevedo Jobim: "só existe Regimento Interno onde não existe consenso" (informação verbal)[256]. De fato, considerando o regimento como "ordenamento interno" e dinâmico por excelência, diante de eventual consenso no sentido de se afastar um regra regimental, não haveria, necessariamente ofensa à Constituição.

O estudo de caso apresentado neste trabalho exemplifica o que ora se expõe: no curso da tramitação da Proposta de Emenda à Constituição nº 12-A/2006, em dezembro de 2009, a regra contida no art. 362 do Regimento Interno do Senado Federal, que prevê a observância de um interstício mínimo de cinco dias entre os turnos de votação de projeto de emenda constitucional, foi afastada mediante o voto da unanimidade dos parlamentares presentes na sessão e em conformidade com o disposto no art. 412, III, do mesmo regimento. Levada a questão ao STF, restou decidido ser vedado ao Poder Judiciário imiscuir-se na questão, posto que, por não ser a regra do art. 362 do RISF reprodução de norma constitucional, a decisão pelo seu afastamento seria matéria *interna corporis*.

A guisa de conclusão, ainda que com base em outros pressupostos, cumpre estabelecer a concordância com a conclusão do STF a respeito da insindicabilidade da decisão *interna corporis*, de modo que a contrariedade às regras regimentais somente autorizaria a atuação do Poder Judiciário quando houver violação a preceito ou garantia de índole constitucional.

CONCLUSÃO

[256] Segundo o Prof. Dr. Sérgio Antônio Ferreira Victor durante aula ministrada no curso de pós-graduação *strictu senso* no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) no mês de outubro de 2014.

A partir da análise acurada dos votos apresentados pelos Ministros do STF no julgamento da ADI nº 4.425/DF, em que foi afastada a alegação de inconstitucionalidade formal da EC nº 62/2009 por não observância de interstício mínimo entre os dois turnos de votação, conforme previsto no art. 352 do Regimento Interno do Senado Federal, foi possível constatar as premissas e fundamentos da chamada teoria dos atos *interna corporis* atualmente adotada pela Corte Suprema. Segundo tal entendimento, é inviável conferir às normas regimentais o caráter de parametricidade para fins de controle de constitucionalidade do processo legislativo. Com efeito, o Judiciário só estaria legitimado a averiguar o cumprimento das disposições procedimentais de índole constitucional, ou seja, apenas e tão somente quando houver desrespeito às normas do processo legislativo contidas, de modo expresso, na Constituição Federal.

Tal postura recebe severas críticas fundamentadas nos constructos procedimentalistas extraídos das obras de Jürgen Habermas (em "Direito e democracia: entre facticidade e validade") e John Hart Ely (em "Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade"), porquanto, ao desenvolver a chamada “teoria dos atos *interna corporis*” e restringir a legitimidade aos parlamentares para a propositura de medidas judiciais de controle da higidez do rito de produção normativa, o STF acaba por desjudicializar e privatizar o processo legislativo, o que representa uma postura nociva face ao modelo do Estado Democrático de Direito formatado na Constituição da República.

Nesse ensejo, busca-se compreender as normas regimentais como materialização das condições procedimentais assecuratórias de um jogo argumentativo, em que seja garantida a participação de todos os envolvidos no processo decisório e, assim, legitimar a atuação da Jurisdição Constitucional a partir da consideração do Regimento Interno como parâmetro de controle do processo legislativo.

Questiona-se, portanto, a legitimidade do Poder Judiciário para dar a última palavra quanto à definição da materialidade constitucional das normas regimentais que tratem diretamente do processo legislativo e, assim, considera-las parâmetro de controle de constitucionalidade.

A defesa da parametricidade do Regimento Interno implica na supressão da autonomia do Poder Legislativo diante das vicissitudes e peculiaridades das

circunstâncias políticas que envolvem o processo de criação normativa, entregando ao Judiciário, guiado por critérios de racionalidade jurídica, a palavra final sobre a adequabilidade substancial da ação legislativa face ao regimento.

Com efeito, ficaria ao alvedrio do Judiciário a seleção e definição de quais normas regimentais seriam alçadas à condição de parâmetro de controle, tendo por critério a "densificação" das condições procedimentais de natureza constitucional, o que implicaria na retirada de autonomia do Parlamento em realizar, de modo direto, a interpretação da Constituição, visto que a última palavra a respeito da materialidade constitucional de determinada norma regimental seria dada por magistrados.

Por conseguinte, ainda que com base em outros pressupostos, cumpre estabelecer a concordância com a conclusão do STF a respeito da insindicabilidade da decisão *interna corpori*s, de modo que a contrariedade às regras regimentais somente autorizaria a atuação do Poder Judiciário quando houver violação a preceito ou garantia de índole constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Processo Legislativo e Democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. *O controle jurisdicional do processo legislativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André *et al* (orgs). *As novas Faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Podium, 2011, p. 387-402.

BRASIL. *A Constituição e o Supremo*. Brasília: Secretaria de Documentação do STF, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.425/DF. Relator para o acórdão: FUX, Luiz. Publicado no DJe de 19/12/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Mandado de Segurança n.32.033/DF. Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJe de 18/02/2014.

CAMPOS, Francisco Luís da Silva. *Direito Constitucional*, vol. II. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1956.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARVALHO, Cristiano Viveiros de. *Controle judicial e processo legislativo: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CATTONI, Marcelo. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CATTONI, Marcelo. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança*: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução: Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada*. Tradução: Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volumes 1 e 2. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo*. São Paulo: Almedina, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MIRANDA. Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia de. *O controle judicial dos atos do Poder Legislativo: atos políticos e interna corporis*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Guilherme Wagner. Princípios constitucionais do direito parlamentar. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, jan./jun. 2004.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. *Controle dos atos parlamentares pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 2003.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito*: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. 2013. 203f. Tese (doutorado) - Faculdade de Direito da USP. Universidade de São Paulo, São Paulo.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement.* Oxford: Oxford University Press, 2004.